

# La causa di non punibilità per “particolare tenuità del fatto” ex art. 131-bis c.p.

Sintesi delle problematiche redatta dalla Dr.ssa Simona Serra

**Sommario.** 1. Profili sostanziali 2. Profili processuali 3. Altre questioni 4. Figure affini: l'art. 34 D.Lgs. n. 274/2000 e l'art. 27 D.P.R. n. 448/1988 5. L'art. 131-bis ed il reato impossibile

## 1. Profili sostanziali

Il **D.Lgs. 16.3.2015, n. 28**, recante “Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera m), della legge 28 aprile 2014, n. 67”, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 18.3.2015 e in vigore dal 2.4.2015 (dopo l'ordinaria *vacatio legis*), introduce nel codice penale e di procedura penale norme volte ad introdurre nell'ordinamento penale la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto.<sup>1</sup>

**Principio ispiratore** della nuova causa di non punibilità è che “quando l'offesa sia tenue e segua ad un comportamento non abituale (...) lo Stato rinuncerà ad applicare una pena per attuare una tutela risarcitoria e/o restitutoria tipicamente civile”, come enunciato nel comunicato del Governo, in chiusura del Consiglio dei Ministri del 12.3.2015, in cui è stato approvato in via definitiva lo schema di decreto legislativo.<sup>2</sup>

L'**art. 131-bis**, rubricato “Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto”, introdotto *ex novo* nel codice penale, costituisce la norma sostanziale di riferimento. Di seguito il **testo**:

*“Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale.*

*L'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità, ai sensi del primo comma, quando l'autore ha agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o, ancora, ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona.*

*Il comportamento è abituale nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate.*

*Ai fini della determinazione della pena detentiva prevista nel primo comma non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. In quest'ultimo caso ai fini*

<sup>1</sup> Il decreto delegato recepisce le proposte elaborate dalla commissione ministeriale nominata con D.M. 27.05.2014 per l'elaborazione di proposte in tema di revisione del sistema sanzionatorio e per dare attuazione alla legge delega n. 67/2014 in materia di pene detentive non carcerarie e di depenalizzazione, commissione presieduta dal Prof. Francesco Palazzo. L'art. 1, c. 1, lett. m, della legge n. 67/2014 conferiva delega al Governo per “escludere la punibilità di condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni, quando risulti la particolare tenuità dell'offesa e la non abitualità del comportamento, senza pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno e adeguando la relativa normativa processuale penale”.

<sup>2</sup> Si tratta senza dubbio di una importante novità: una vera sfida per gli operatori del diritto. Le nuove previsioni infatti, comportano enormi responsabilità per la magistratura chiamata ad effettuare scelte che la politica non ha voluto o non è stata in grado di compiere, attraverso effettive depenalizzazioni o un più intenso uso del “diritto penale della soglia”.

*dell'applicazione del primo comma non si tiene conto del giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'articolo 69.*

*La disposizione del primo comma si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante”.*

Per quanto riguarda la **natura giuridica**, si tratta di una **causa di non punibilità**,<sup>3</sup> come si evince dal **tenore letterale** della rubrica nonché dal testo della disposizione (“*la punibilità è esclusa*”). Il carattere sostanziale della nuova disciplina discende, inoltre, oltre che dall’inserimento della norma nel codice penale (e non solo in quello di procedura), anche dalla modifica apportata alla intitolazione (dopo l’art. 131 c.p.) del Titolo V del Libro I, ora intitolato “*Della non punibilità per particolare tenuità del fatto. Della modificazione, applicazione ed esecuzione della pena*” e del suo Capo I, intitolato “*Della non punibilità per particolare tenuità del fatto. Della modificazione e applicazione della pena*”. La **collocazione topografica** della disciplina tra gli articoli concernenti l’esercizio del **potere discrezionale del giudice nell’applicazione della pena** cristallizza, pertanto, la natura sostanziale della nuova normativa.

In merito alla **ratio dell’istituto**, esso risponde a due esigenze fondamentali, entrambe di rilievo costituzionale: il principio di proporzione (declinazione del principio di offensività) ed il principio di economia processuale. In primo luogo, sotto il profilo sostanziale, l’istituto espunge dall’area della punibilità quei fatti storici che ne appaiano “immeritevoli”. Sotto questo profilo, pertanto, l’irrelevanza del fatto contribuisce chiaramente a realizzare il sovraordinato **principio dell’ultima ratio**, nonché il **principio di proporzione** senza la cui ottemperanza la risposta sanzionatoria perde la sua stessa base di legittimazione. In secondo luogo, sotto il profilo processuale, l’istituto dell’irrelevanza contribuisce a realizzare l’**esigenza di alleggerimento del carico giudiziario** nella misura in cui la definizione del procedimento tenda a collocarsi nelle sue prime fasi. Peraltro, la definizione anticipata per irrilevanza del fatto, oltre a soddisfare esigenze di deflazione processuale, risulta del tutto adeguata alla luce del richiamato principio di proporzione, essendo il dispendio di energie processuali per fatti bagatellari<sup>4</sup> sproporzionato sia per l’ordinamento sia per l’autore, costretto a sopportare il peso anche psicologico del processo a suo carico.

La nuova causa di non punibilità è ancorata a precisi e rigorosi presupposti ed è applicata all’esito di un procedimento interamente giurisdizionalizzato in cui è assicurato il contraddittorio con l’indagato/imputato e la persona offesa. I **presupposti** applicativi per l’operatività dell’istituto sono enunciati dall’articolo stesso e sono tre: il primo si riferisce alla pena edittale (reati puniti con pena detentiva non superiore a cinque anni e/o con la pena pecuniaria), il secondo all’offesa (di particolare tenuità per l’esiguità del danno e del pericolo), il terzo alle modalità della condotta (comportamenti non abituali).

Il primo presupposto del **limite edittale**, è previsto al comma 1, che va letto in combinato disposto col comma 4. La causa di non punibilità è applicabile ai reati (delitti e contravvenzioni) puniti con pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni (ossia fino a cinque anni) ovvero con pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena detentiva. Ai sensi del comma 4, che detta i criteri per la determinazione della pena detentiva per l’ipotesi in cui siano presenti circostanze (ai fini della determinazione del limite di pena detentiva di cui al comma 1), non si tiene conto delle circostanze del reato, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di

---

<sup>3</sup> Si tratta di una causa di non punibilità sostanziale e non di una causa di improcedibilità. Il fatto è tipico, antiggiuridico ma non punibile.

<sup>4</sup> La recente riforma si distingue nettamente dal fenomeno della depenalizzazione. Alcuni elenchi che hanno iniziato a circolare indicano solo i reati, i cui limiti edittali massimi potrebbero consentire l’applicazione dell’istituto. La differenza è palese: con la depenalizzazione, tutti i reati, a prescindere dalle modalità con le quali in concreto si sono consumati, vengono meno; con l’art. 131-bis, non sarebbero punibili i reati, sanzionati in astratto nel massimo con la pena di cinque anni di reclusione o con la pena pecuniaria, solo qualora siano in concreto scarsamente offensivi. Nel primo caso, il legislatore stabilisce a priori le condotte che non costituiscono più reato; nel secondo caso, il legislatore attribuisce al giudice il potere di verificare, nel caso concreto, i fatti che non meritano di essere puniti, perché per le loro modalità, per la lievità del danno o del pericolo cagionato, per la loro occasionalità hanno arrecato una offesa troppo lieve per meritare una sanzione penale. La pratica giudiziaria dimostra come fatti, astrattamente gravi perché puniti severamente dal legislatore, a volte si manifestano in concreto come di scarsa gravità oppure fatti, astrattamente non gravi perché puniti lievemente dal legislatore, in concreto ledano seriamente il bene giuridico protetto.

specie diversa (da quella ordinaria del reato) e di quelle ad effetto speciale, per le quali non rileva l'eventuale concorrenza di circostanze attenuanti di qualunque natura. In altri termini, si vieta al giudice, ai fini del computo della pena di cui al comma 1, di tener conto del bilanciamento delle circostanze ex art. 69, proprio al fine di contenere il margine di discrezionalità giudiziale implicato dalla possibilità di un siffatto giudizio di bilanciamento.<sup>5</sup> Ai sensi del comma 4, andranno considerate solo quelle circostanze che, comportando una specie di pena diversa od essendo ad effetto speciale, rivelano una particolare "significatività" tale da essere in qualche modo accostabili a sottospecie di fattispecie autonome.<sup>6</sup>

Con riferimento al **reato tentato**, pur se la disposizione non riporta l'espressione "reati consumati o tentati", contenuta in altre norme, non può dubitarsi della configurabilità della condizione di non punibilità anche quando il fatto contestato è rimasto allo stato di tentativo.<sup>7</sup> E' possibile, infatti, ravvisare la particolare tenuità dell'offesa che la consumazione del reato avrebbe determinato, con una valutazione degli effetti che si sarebbero verificati nel caso di consumazione.<sup>8</sup>

Ciò premesso, occorre ulteriormente verificare se il limite edittale di 5 anni debba riferirsi alla pena stabilita per il reato tentato dall'art. 56 c.p. (riduzione nel minimo di 1/3) ovvero a quella prevista per il reato consumato.<sup>9</sup> Va preferita la prima soluzione in quanto il reato tentato costituisce pacificamente ipotesi autonoma di reato. Tale conclusione trova conforto nello stesso art. 131-bis c.p. che delimita l'applicabilità indicando la pena edittale massima e non richiamando singole fattispecie di reato.<sup>10</sup>

La causa di non punibilità opera, nel rispetto dei limiti di pena ora ricordati, per i casi in cui, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, **l'offesa sia di particolare tenuità**: secondo presupposto. L'art. 131-bis, richiedendo un'offesa non solo tenue, ma anche **particolarmente tenue**, evidenzia la volontà di ridurre l'ambito della causa di non punibilità ai soli casi in cui l'offesa stessa sia significativamente poco rilevante.

La valutazione giudiziale in ordine alla particolare tenuità dell'offesa deve essere effettuata, per espressa indicazione normativa, sulla base dei parametri inerenti alla gravità del reato di cui al comma 1 dell'art. 133 ("la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, l'offesa è di particolare tenuità"). Sebbene l'art. 131-bis c.p. non faccia alcun riferimento alla colpevolezza, al grado o all'intensità della stessa, si può in ogni modo introdurre una sua valutazione attraverso l'analisi delle modalità della condotta.<sup>11</sup>

---

<sup>5</sup> Il legislatore ha voluto espressamente evitare che reati per i quali sussista un'aggravante, ad effetto speciale o che comporti una pena di specie diversa, potessero rientrare nell'ambito applicativo del 131-bis c.p. previa un giudizio di bilanciamento delle circostanze che neutralizzasse l'aggravante stessa.

<sup>6</sup> Come immediatamente hanno notato i primi commentatori della riforma, la causa di non punibilità non si applica ai casi tipici di particolare tenuità, come il furto in supermercato aggravato da violenza sul dispositivo anticaccheggio (nonché al caso di scuola del furto di una mela aggravato dalla violenza sulle cose per strappo del frutto dall'albero e/o dall'aver tenuto la condotta su cose esposte per necessità alla pubblica fede).

<sup>7</sup> Trib. Novara del 4 maggio 2015. "Il reato (tentato furto mono-aggravato) è punito nel massimo con una pena inferiore a 5 anni di reclusione, rientrando nel novero della fattispecie per cui è consentita l'applicazione dell'istituto".

<sup>8</sup> Secondo questa tesi, che valorizza l'autonomia del titolo costituito dal reato tentato, l'art. 131-bis è ad esso applicabile; secondo la tesi opposta, invece, per il principio di tassatività dovrebbero ritenersi esclusi anche quei reati che, tenendo conto della diminuzione minima per il tentativo, non superino nel massimo i cinque anni di reclusione.

<sup>9</sup> Prevedendo l'art. 56 c.p. la diminuzione della pena (sia nel massimo sia nel minimo) da 1/3 a 2/3, la pena del reato consumato va ridotta (sia nel minimo che nel massimo) in tale misura, sicché il limite edittale massimo è quello relativo alla riduzione di 1/3.

<sup>10</sup> La tesi accolta comporta, in concreto, una più ampia applicabilità (ad esempio, furto tentato mono-aggravato).

<sup>11</sup> Dalla Relazione al decreto legislativo 28/2015: "Tra gli indici forniti dal legislatore delegato, come anche da quello delegante, non compare espressamente il grado e l'intensità della colpevolezza. Una simile opzione si giustifica non solo in ragione dell'ossequio dovuto alla scelta effettuata dalla legge delega, che non può certo essere casuale. Ma può trovare un suo fondamento anche nell'esigenza di "sganciare" per quanto possibile il giudizio d'irrilevanza da accertamenti di tipo psicologico-soggettivistico, sempre ardui e decisamente tanto più problematici quanto più destinati ed essere effettuati nelle fasi prodromiche del procedimento, secondo la naturale vocazione dell'istituto. D'altra parte, la formula adottata è ben lungi dall'escludere qualunque rilevanza dell'elemento soggettivo del reato. In effetti, appare del tutto ovvio che l'indice-criterio delle "modalità della condotta" si presta benissimo e del tutto naturalmente a permettere una valutazione sia del grado della colpa, sul presupposto che la violazione delle regole cautelari concorre ad integrare il modo di manifestarsi della (tipicità della) condotta; sia dell'intensità del dolo, sul

I due indici che devono concorrere congiuntamente per ritenere la “particolare tenuità dell’offesa” sono: **le modalità della condotta e l’esiguità del danno o del pericolo.**<sup>12</sup> Anche qui, l’espressione “esiguità” esprime, con evidenza, la volontà di delimitare e circoscrive il danno e il pericolo in un ambito limitato o modesto.<sup>13</sup>

In generale emerge la necessità di un **giudizio sintetico, ma complessivo, sul fatto**, tenendo conto di tutti gli elementi indicati. In tal senso si esprime la giurisprudenza in materia degli analoghi istituti previsti nel processo minorile e innanzi al giudice di pace, perché solo la **valutazione “globale”** consente di assicurare un apprezzamento complessivo della particolare tenuità dell’offesa.<sup>14</sup>

L’art. 131-bis non tipizza in modo preciso i presupposti per l’applicazione della causa di non punibilità, demandando al giudice la **valutazione delle particolarità del caso concreto**; valutazione che sarà, pertanto, **ampiamente discrezionale**.

Le **tradizionali cause di non punibilità** in senso stretto sono, invece, molto più tipizzate dal legislatore. In generale, le cause di non punibilità rendono non punibile un fatto tipico, antiggiuridico e colpevole; esse si limitano ad inibire l’applicazione della pena, in quanto, sebbene permangano antiggiuridicità e colpevolezza, ragioni di pratica convenienza politico-criminale conducono ad escludere l’applicazione della sanzione penale, per l’esigenza di salvaguardare contro-interessi che risulterebbero altrimenti lesi da un’applicazione della pena nel caso concreto. Le norme che prevedono cause di non punibilità, perciò, si riferiscono a **situazioni che si collocano all’esterno della struttura del reato e non incidono sull’esistenza dello stesso**. Diversamente dalle cause di giustificazione e dalle cause di esclusione della colpevolezza, queste circostanze lasciano intatta sia l’antigiuridicità del comportamento che la sua esigibilità psicologica: l’esclusione della punibilità deriva soltanto da **valutazioni di opportunità operate dal legislatore essenzialmente su basi politico-sociali**, che come tali non sono estendibili ad eventuali concorrenti e determinano l’inutilizzabilità dell’applicazione analogica. A titolo di esempio, si pensi alle immunità parlamentari ex art. 68 Cost., alla ritrattazione ex art. 376 c.p., alla

---

*presupposto che assai spesso quest’ultima si riverbera e si traduce nell’adozione da parte dell’autore di determinate modalità esecutive della condotta”.*

<sup>12</sup> La particolare tenuità dell’offesa è riferibile sia ai reati di danno che ai reati di pericolo (astratto o concreto), stante proprio il riferimento all’esiguità del danno o del pericolo.

<sup>13</sup> Con riferimento al secondo indice si può affermare che, occorrendo una verifica in concreto del pericolo e dell’offesa e, dunque, degli effetti “oggettivamente” causati alla persona offesa, è necessaria un’adeguata valutazione in tal senso. Ed all’uopo, la valutazione sugli effetti non potrà, in generale, non tenere conto delle condizioni della persona offesa. Ad esempio, è evidente che non può assumere eguale rilievo, un reato contro il patrimonio nei confronti di soggetti con diversa capacità patrimoniale, riflettendosi sulla concreta esiguità dell’offesa. La valutazione nel caso di reati che ledono beni costituzionalmente tutelati “in favore della collettività” non può risentire dell’eventuale “livello” assicurato in concreto allo stesso bene. Ad esempio, per l’ambiente (art. 9, c. 2, Cost.), nel caso di reati che comportino una compromissione in concreto, proprio perché deve operarsi una valutazione di carattere oggettivo, il fatto reato che causa un degrado ulteriore (ma non esiguo) rispetto a quello già esistente impedisce di configurare l’esiguità dell’offesa. Non può, in altri termini, ritenersi irrilevante l’aggravamento ulteriore di una situazione degradata preesistente, in quanto anche un minimo contributo inquinante incide negativamente, quanto meno sul grado di contaminazione, nonché su tempi e costi di eventuali successive operazioni di messa in sicurezza, bonifica o, in generale, di recupero. Altrettanto deve dirsi per ciò che concerne la disciplina urbanistica e di tutela del paesaggio, non rilevando il grado di eventuale compromissione del territorio dovuta, ad esempio, ad una diffusa e pregressa cementificazione, perché l’ulteriore attività contribuisce comunque all’accentuazione del degrado anteriore. Inoltre, se nella fattispecie incriminatrice o nelle aggravanti vi è espresso riferimento all’offesa o al pericolo, dovrà tenersene specificamente conto; ad esempio nell’art. 570, c. 2, n. 2 c.p., l’aver fatto venire meno i mezzi di sussistenza appare ostativo al riconoscimento della causa di non punibilità. Secondo un’altra opinione, invece, potrebbe sostenersi in ogni caso l’applicabilità dell’art. 131-bis c.p. previa una valutazione in concreto di tutti i presupposti.

<sup>14</sup> Trib. Novara ha ritenuto non applicabile la causa di non punibilità per particolare tenuità ad un caso di contraffazione e uso di contrassegno per invalidi falso, *“in ragione dei mezzi utilizzati (la falsificazione, nient’affatto banale, è stata realizzata con una stampante professionale, in modo da ottenere un contrassegno identico all’originale per forma e dimensioni), dell’oggetto materiale dell’alterazione (un contrassegno per invalidi che consentiva la sosta in spazi riservati), delle circostanze di tempo e di luogo della condotta (l’imputato parcheggiò la propria vettura in area di sosta riservata agli invalidi all’interno di una stazione di servizio di un’autostrada), dell’intensità del dolo (l’imputato esibì il documento ben sapendo che si trattava di atto falso, essendo egli l’autore della contraffazione) e delle modalità complessive del fatto (il documento artefatto era custodito all’interno del cruscotto del veicolo), di talché il pericolo per la collettività non può considerarsi esiguo. Inoltre il comportamento non può essere configurato come non abituale, giacché l’imputato realizzò dapprima la condotta di contraffazione materiale e in seguito quella di utilizzo del documento”.*

non punibilità per fatti commessi a danno di congiunti *ex art. 469 c.p.* (vedasi anche l'art. 540 c.p.), all'immunità c.d. giudiziaria di cui all'art. 598 c.p. in tema di diffamazione, alla non punibilità del datore di lavoro che provvede al versamento delle ritenute non pagate (*ex art. art. 2, c. 1-bis, D.L. n. 463/1983*), ai casi di non punibilità *ex art. 309 c.p.* in caso di banda armata, alla non punibilità dell'insolvenza fraudolenta *ex art. 641 c.p.* a seguito dell'adempimento dell'obbligazione.<sup>15</sup>

Il comma 2 dell'art. 131-*bis* individua **specifiche situazioni in presenza delle quali l'offesa non può mai essere ritenuta di particolare tenuità** e che, dunque, precludono anche astrattamente il riconoscimento della causa di non punibilità: l'aver agito per motivi abietti o futili;<sup>16</sup> l'aver agito con crudeltà,<sup>17</sup> anche in danno di animali;<sup>18</sup> l'aver adoperato sevizie;<sup>19</sup> l'aver approfittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa;<sup>20</sup> l'aver la condotta cagionato o l'essere dalla stessa derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona.<sup>21</sup> Si tratta di esclusioni della particolare tenuità dell'offesa, con riferimento al movente dell'azione (motivi abietti e futili), alle sue modalità (crudeltà anche in danno di animali o sevizie), alla vittima (età e condizioni di minorata difesa), al tipo di bene giuridico (vita o integrità fisica).

Il terzo presupposto per il rinascimento della non punibilità del fatto è che il comportamento dell'agente non sia di tipo abituale. Il concetto di **“non abitualità” del comportamento**, da differenziarsi dal concetto di “occasionalità del fatto”,<sup>22</sup> implica che la presenza di un “precedente” giudiziario non sia di per sé sola ostativa al riconoscimento della particolare tenuità del fatto, in presenza ovviamente degli altri presupposti.<sup>23</sup>

Il **comma 3** della norma stabilisce che vi è abitualità quando l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza<sup>24</sup> ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate.<sup>25</sup> In altri

---

<sup>15</sup> Troveranno applicazione, anche per la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, le disposizioni e i principi relativi alle altre cause di non punibilità (salvo che sia diversamente previsto): i presupposti o requisiti sono “oggetto di prova” ai sensi dell'art. 187 c.p.p.; conseguono diversi effetti processuali (ad esempio, inapplicabilità di misure cautelari *ex art. 273, c. 2, c.p.p.*, divieto di arresto *ex art. 385 c.p.p.*), tra i quali l'assoluzione *ex art. 530 c.p.p.* anche in caso di dubbio sull'esistenza di una causa di non punibilità (art. 530, c. 3, c.p.), etc.

<sup>16</sup> Il richiamo va alla circostanza aggravante *ex art. 61 n. 1 c.p.*

<sup>17</sup> Si veda la giurisprudenza in merito all'aggravante di cui all'art. 61 n. 4 c.p.

<sup>18</sup> Si esclude la non punibilità per tenuità del fatto quando la condotta è contestata nella forma “per crudeltà” in relazione ai reati di cui agli artt. 544-*bis* e 544-*ter* c.p.; mentre, resta astrattamente possibile applicare il 131-*bis* quando la condotta è contestata nella forma “senza necessità”. Tuttavia, sembra che lo strazio o le sevizie di cui all'art. 544-*ter* ben possa costituire una forma di crudeltà, così da escludere di fatto questo reato.

<sup>19</sup> Si veda la giurisprudenza sull'aggravante di cui all'art. 61 n. 4 c.p.

<sup>20</sup> Si richiamano sostanzialmente alcune ipotesi previste dall'art. 61 n. 5 c.p. e, per la minore età, dagli artt. 61 n. 11-*ter* e 11-*quinq.*, c.p.. Il riferimento all'età e alle condizioni di minorata difesa porta ad escludere la non punibilità nei reati che abbiano per vittime minori o soggetti deboli.

<sup>21</sup> Il riferimento è da intendersi alle ipotesi di omicidio colposo, lesioni colpose gravissime e ogni altra ipotesi di evento di tal tipo che derivi, quale conseguenza non voluta, dalla commissione di un delitto doloso, secondo quanto previsto dall'art. 586 c.p.. Il decreto recepisce le specifiche sollecitazioni della Corte EDU, la quale ha ritenuto che il valore primario del bene vita debba essere adeguatamente considerato dal legislatore interno, anche nei casi in cui la lesione sia dovuta a condotte colpose (sez. II, 29 marzo 2011, Alikaj e altri c. Italia).

<sup>22</sup> L'“occasionalità” della condotta è espressione utilizzata sia dall'art. 34 del D.Lgs. n. 274/2000 che dall'art. 27 del codice del processo minorile.

<sup>23</sup> I primi commentatori della riforma se, da un lato, comprendono la scelta di questa preclusione del beneficio in parola, perché chi delinque con continuità mostra una tendenza criminale cui l'ordinamento deve porre argine mediante una severa risposta repressiva, che prescinde anche dalla considerazione dei concreti effetti dannosi che ne sono di fatto derivati, dall'altro lato, alla stregua di un diritto penale del fatto e non della persona, ritengono che se il fatto giudicato è lieve come tale va sanzionato anche se non lieve è il “peso” che il criminale pone sulla collettività con le sue plurime condotte delinquenziali.

<sup>24</sup> In caso di recidiva generica sarà il giudice a dover valutare se la stessa, alla luce di altri parametri (quali la distanza temporale dei precedenti anche con riguardo agli eventuali periodi di detenzione, il numero degli stessi e la loro qualità) possa considerarsi espressiva di abitualità della condotta.

<sup>25</sup> Non appaiono ostativi: un solo precedente (condanna irrevocabile) per reato non della stessa indole, pur se deve specificamente valutarsi (in concreto una condanna per reato non della stessa indole, risalente nel tempo, può non rilevare); precedenti penali e giudiziari per reati non della stessa indole che, rispetto al fatto per cui si procede, appaiono non indicativi di un'abitualità. Appaiono ostativi: la permanenza del reato che esprime l'attualità di un'offesa che

termini, si esclude la non abitualità con riferimento sia a condizioni dell'autore (per i primi due casi), sia al tipo di reato (nell'ultima ipotesi).

Le esclusioni relative al tipo di reato sembrerebbero ricomprendere i **reati abituali** (quali i maltrattamenti in famiglia) in quanto aventi necessariamente per oggetto "condotte abituali", nonché i **reati complessi** in quanto aventi ad oggetto "condotte plurime". I **reati permanenti** non sembrano, invece, implicare necessariamente condotte plurime, che possono però caratterizzarne l'esecuzione (da valutare perciò caso per caso) e che invece si verificano nei **reati a consumazione prolungata** (o reiterata). Il riferimento alle "condotte reiterate" consentirebbe di escludere reati come quello di atti persecutori *ex art. 612-bis c.p. (stalking)*, in cui la reiterazione è elemento costitutivo. Dovrebbero escludersi dall'ambito di applicazione della causa di non punibilità in esame anche quei reati che, nella loro concreta attuazione, siano realizzati mediante reiterazione dei medesimi atti, così da non dar luogo ad una pluralità di reati ma ad un unico reato. Il punto è decisivo per escludere i **reati in materia ambientale**, dove simile modalità esecutiva è frequente. Tuttavia, si ritiene applicabile la nuova clausola di non punibilità anche ai reati ambientali, rientranti per la maggior parte nel limite edittale previsto dalla norma, previa tuttavia lo scioglimento del contrasto sull'applicabilità dell'art. 131-bis in caso di soglie di punibilità astrattamente già previste.<sup>26</sup> Per quanto riguarda il **reato continuato**, configurando l'esecuzione di condotte plurime, integranti anche diversi reati, avvinte da un medesimo disegno criminoso, un'ipotesi di abitualità, a maggior ragione si dovrebbe escludere dall'applicazione del 131-bis.

Ai sensi del comma 5 dell'art. 131-bis, la causa di non punibilità si applica **anche quando la legge prevede, quale circostanza attenuante del reato, la particolare tenuità del danno o del pericolo**, sempre che ovviamente la "tenuità del fatto" superi la soglia della circostanza e giunga ad integrare gli estremi di quella particolare "irrilevanza" desumibile dai requisiti e criteri di cui al primo comma.

Vengono in rilievo, ad esempio: l'attenuante prevista dall'art. 62 n. 4 c.p.; l'art. 648, c. 2, c.p. per la particolare tenuità del fatto nella ricettazione; l'art. 311 c.c. per la lieve entità del fatto nei delitti contro la personalità dello Stato, l'attenuante di cui all'art. 323-bis c.p. per la particolare tenuità del fatto in alcuni delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.; l'offesa di particolare tenuità nei reati in materia di società e consorzi di cui all'art. 2640 c.c.; l'art. 12, c. 1, lett. b) del D.Lgs. n. 231/2001 sul danno patrimoniale di particolare tenuità in alcuni illeciti societari; l'attenuante per il fatto di lieve entità nella legislazione in materia di armi (art. 5 L. n. 895/1967). L'esplicito riferimento alle circostanze in esame comporta che ad analoga conclusione debba pervenirsi nel caso in cui la particolare tenuità del danno o del pericolo siano elementi di autonoma ipotesi delittuosa, come nel caso dell'art. 73, c. 5, D.P.R. n. 309/90 oggi ritenuto titolo autonomo e non mera circostanza attenuante, fermo restando che dovranno verificarsi le ordinarie condizioni di applicabilità e i requisiti previsti.

Secondo un'opinione, si tratta solo di una valutazione quantitativa volta a verificare se la particolare tenuità sia di entità tale da giustificare solo una diminuzione di pena o il particolare trattamento sanzionatorio più favorevole (nel caso di fattispecie autonoma) oppure comporti addirittura l'irrilevanza del fatto. Secondo un'altra ricostruzione, l'applicabilità della causa di non punibilità anche all'art. 73, c. 5, non deriverebbe dall'inciso dell'ultimo comma dell'art. 131-bis, bensì in virtù della sua qualificazione quale titolo autonomo di reato. Qualora, pertanto, dovessero sussistere gli indici della "particolare tenuità del fatto" ben potrà configurarsi, in concreto, un "fatto di lieve entità" non punibile.

---

impedisce di considerarla esigua; la presenza di reati commessi col vincolo della continuazione, in considerazione della causa ostativa della pluralità di condotte.

<sup>26</sup> La questione sull'applicabilità del 131-bis ai reati con soglia di punibilità è trattato nei paragrafi successivi.

## 2. Profili processuali

L'introduzione nel codice penale della nuova causa di non punibilità del fatto, quale istituto generale, ha imposto altresì alcune modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni in materia di casellario giudiziale e anagrafe delle sanzioni amministrative. Non potendo la disciplina essere quella comune delle altre cause di non punibilità, il legislatore ha predisposto norme di adeguamento processuale al fine di **bilanciare** i valori sottesi alla previsione della riforma, tra cui **l'esigenza di un'utilizzazione agile e anticipata dell'istituto** nell'iter procedimentale, **con i contrapposti interessi di cui sono portatori l'indagato/imputato e la persona offesa**. La persona offesa è portatrice di un vero e proprio diritto ad essere informata e a interloquire nelle determinazioni concernenti l'esercizio dell'azione penale, come le è riconosciuto dalla direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012, e anche l'indagato può vantare consimili pretese seppure a diverse finalità. *“In effetti, posta la necessità di iscriverne nel casellario giudiziale il provvedimento di applicazione del nuovo istituto, ancorché adottato mediante decreto d'archiviazione, ne viene che l'indagato potrebbe avere interesse ad evitare tale effetto sfavorevole in quanto eventualmente preclusivo di una futura fruizione dell'irrelevanza, mirando invece ad ottenere un risultato pienamente liberatorio”*.<sup>27</sup>

Venendo alle puntuali modifiche normative, la sussistenza della causa di non punibilità è inserita, all'**art. 411 c.p.p.**, tra i casi di archiviazione del procedimento, nonché tra le situazioni che impongono la pronuncia di una sentenza predibattimentale di non doversi procedere ai sensi dell'**art. 469 c.p.p.**. A seconda della fase, quindi, l'**art. 131-bis c.p.** giustifica una archiviazione o una sentenza di proscioglimento.

Per quanto attiene alla **fase delle indagini**, al fine di consentire al g.i.p. di archiviare anche per la causa di non punibilità di cui al nuovo **art. 131-bis c.p.**, si è disciplinato il **procedimento di archiviazione** “dedicato” alla particolare tenuità del fatto,<sup>28</sup> in cui sia la persona sottoposta alle indagini che la persona offesa sono poste in condizione di poter interloquire sulla richiesta del pubblico ministero, contestando la ritenuta tenuità del fatto. Si è previsto che il p.m., possa richiedere l'archiviazione ai sensi dell'**art. 131-bis c.p.**, comunicando all'indagato e alla persona offesa che, nel termine di dieci giorni, possono prendere visione degli atti e presentare opposizione<sup>29</sup> censurando nel merito la richiesta di archiviazione.<sup>30</sup> E' attribuito dunque, al p.m. un “ruolo propulsore” nell'applicazione del nuovo istituto nella fase in cui può raggiungere la massima efficacia, evitando inutili ulteriori attività procedimentali e/o processuali. La presentazione dell'opposizione determina la necessità dell'udienza in camera di consiglio all'esito della quale il giudice potrà pronunciare l'archiviazione dopo aver sentito l'indagato e l'offeso, eventualmente

---

<sup>27</sup> Relazione al D.Lgs. n. 28/2015.

<sup>28</sup> Il nuovo comma 1-bis dell'**art. 411 c.p.p.** prevede che *“se l'archiviazione è richiesta per particolare tenuità del fatto, il pubblico ministero deve darne avviso alla persona sottoposta alle indagini e alla persona offesa, precisando che, nel termine di dieci giorni, possono prendere visione degli atti e presentare opposizione in cui indicare, a pena di inammissibilità, le ragioni del dissenso rispetto alla richiesta. Il giudice, se l'opposizione non è inammissibile, procede ai sensi dell'articolo 409, comma 2, e, dopo avere sentito le parti, se accoglie la richiesta, provvede con ordinanza. In mancanza di opposizione, o quando questa è inammissibile, il giudice procede senza formalità e, se accoglie la richiesta di archiviazione, pronuncia decreto motivato. Nei casi in cui non accoglie la richiesta il giudice restituisce gli atti al pubblico ministero, eventualmente provvedendo ai sensi dell'articolo 409, commi 4 e 5”*.

<sup>29</sup> La necessità dell'avviso si pone per l'indagato in virtù degli effetti che comunque derivano, in concreto, da un provvedimento che accerta il fatto reato e la sua riconducibilità all'indagato stesso. L'interessato potrebbe, ad esempio, proporre istanza di oblazione (se consentita), ottenendo i più favorevoli effetti dell'estinzione del reato. Invece, per la persona offesa, la necessità dell'avviso deriva dall'esigenza di garantire la presenza del soggetto che ha subito l'offesa (ritenuta dal p.m. particolarmente esigua), per consentirle di indicare elementi tali da escludere la causa di non punibilità. Si può solo porre il problema dell'idoneità della notifica nel caso di irreperibilità della p.o. (ancora consentita nella fase precedente al giudizio). Sembra preferibile ritenerla idonea, per gli effetti precari e limitati del decreto di archiviazione; in caso contrario si imporrebbe un giudizio che sarebbe destinato alla sospensione.

<sup>30</sup> L'**art. 131-bis c.p.** non è in contrasto con i precetti costituzionali dell'obbligatorietà dell'azione penale. Infatti, la riforma non attribuisce alcuna discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale del p.m.. Si tratta, invero, di una causa di non punibilità, prevista dal legislatore, la cui esistenza dovrà essere accertata, su istanza del p.m. o d'ufficio, da un giudice terzo, con decreto motivato (se il p.m. avrà richiesto l'archiviazione) o con sentenza (all'esito dell'udienza preliminare o nel corso del dibattimento).

comparsi. In mancanza dell'opposizione il giudice deciderà *de plano*. Qualora il giudice non ritenga di archiviare per la particolare tenuità del fatto è prevista la restituzione degli atti al p.m..<sup>31</sup>

Il decreto delegato non ha previsto **in capo alla persona offesa un "potere di veto"** alla dichiarazione di non punibilità per irrilevanza del fatto, differenziando così la disciplina del 131-*bis* dalla simile disciplina di cui all'art. 34 del D.Lgs. n. 274/2000 (ove è stabilito che l'eventuale "*interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento*" osta al provvedimento d'archiviazione per particolare tenuità del fatto). Questa sorta di "principio dispositivo" del processo e di punibilità nelle mani della persona offesa non si può generalizzare, senza un'espressa previsione normativa, ed è applicabile solo nei casi previsti dalla legge. Pertanto, nel caso in esame, **sulla valutazione relativa alla significanza offensiva di una condotta criminosa poco o nulla incide la persona offesa**, la quale - nella fase investigativa - altro non può fare che ricorrere all'ordinaria procedura positiva all'istanza di archiviazione, la cui definizione è rimessa all'insindacabile **discrezionalità del giudice delle indagini preliminari**, che non può dirsi limitata nel caso in cui la vittima del reato contesti la qualificazione del fatto delittuoso come particolarmente tenue.<sup>32</sup> Deve ritenersi che gli effetti del decreto di archiviazione siano quelli "precarì" tipici di tale atto (pur se va iscritto nel casellario giudiziale), ragion per cui non può escludersi la riapertura delle indagini nei casi previsti dall'art. 414 c.p.p.. Il decreto di archiviazione non fa stato nel giudizio civile o amministrativo, producendo quale unico effettivo pregiudizio l'accertamento del fatto-reato, con la conseguenza che potrà tenersene conto ai fini dell'insussistenza della "non abitudine del comportamento".

Per quanto attiene alla **fase predibattimentale**, si è modificato l'art. 469 c.p.p., prevedendo che il giudice, prima di emettere **sentenza predibattimentale di "proscioglimento"** per tenuità del fatto, deve sentire anche la persona offesa, sempre che compaia, così consentendo alla stessa di interloquire sul tema della tenuità, al pari del p.m. e dell'imputato.<sup>33</sup> La non-opposizione del p.m. e dell'imputato costituisce presupposto necessario anche per la sentenza emessa ex art. 469, c. 1-*bis*, così come previsto in linea generale dal comma 1 del medesimo articolo: l'adempimento della "*previa audizione in camera di consiglio anche della persona offesa, se compare*" pare costituire un requisito aggiuntivo e non sostitutivo rispetto a quanto richiesto dal comma 1.<sup>34</sup> Non è stata,

---

<sup>31</sup> Scaduto il termine, si possono verificare diverse evenienze:

a) in mancanza di opposizione, il giudice procede "senza formalità", vale a dire *de plano*, senza fissare udienza, ed assume le sue determinazioni: decreto motivato se accoglie la richiesta di archiviazione, restituzione atti al p.m. se non accoglie la richiesta, magari disponendo nuove indagini o chiedendo al p.m. di formulare l'imputazione;

b) qualora l'opposizione sia proposta (anche solo da una delle parti): se è ritenuta inammissibile (perché il dissenso non è motivato), si procede come sub a), se è ritenuta ammissibile (anche solo una di quelle presentate), il g.i.p. fissa l'udienza in camera di consiglio e dà avviso a p.m., all'indagato e alla persona offesa. Il giudice provvede "dopo avere sentito le parti" ovviamente se compaiono. All'esito della valutazione il g.i.p.: se accoglie la richiesta di archiviazione, provvede con ordinanza e restituisce gli atti al p.m.; se non accoglie la richiesta restituisce gli atti al p.m., disponendo nuove indagini o chiedendo al p.m. di formulare l'imputazione.

<sup>32</sup> Trattasi, secondo i primi commentatori della riforma, di un'opzione assolutamente condivisibile, giacché evita di attribuire alla persona offesa una influenza pressoché decisiva nella individuazione delle modalità di definizione del processo penale; conformemente e parafrasando quanto di recente affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 23 del 2015 con riferimento al rito monitorio ex art. 459 c.p.p., che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 459, c. 1, c.p.p. nella parte in cui prevede la facoltà del querelante di opporsi, in caso di reati perseguibili a querela, alla definizione del procedimento con l'emissione di decreto penale di condanna. Pertanto, una volta introdotta una nuova ipotesi di non punibilità del fatto di reato per la particolare tenuità dello stesso con il dichiarato scopo di assicurare la deflazione del carico penale necessaria per l'effettivo funzionamento del rito accusatorio, l'attribuzione di una mera facoltà alla persona offesa, consistente nell'opposizione alla definizione del procedimento, introdurrebbe un evidente elemento di irrazionalità in quanto recherebbe un significativo *vulnus* all'esigenza di rapida definizione del processo.

<sup>33</sup> Il nuovo comma 1-*bis* dell'art. 469 c.p.p., intitolato "*proscioglimento prima del dibattimento*", recita: "*la sentenza di non doversi procedere è pronunciata anche quando l'imputato non è punibile ai sensi dell'articolo 131-*bis* c.p., previa audizione in camera di consiglio anche della persona offesa, se compare*". Il comma 1 prevede invece che: "*Salvo quanto previsto dall'articolo 129 comma 2, se l'azione penale non doveva essere iniziata o non deve essere proseguita ovvero se il reato è estinto e se per accertarlo non è necessario procedere al dibattimento, il giudice, in camera di consiglio, sentiti il pubblico ministero e l'imputato e se questi non si oppongono, pronuncia sentenza inappellabile di non doversi procedere enunciandone la causa nel dispositivo*".

<sup>34</sup> Al comma 1 dell'art. 469 c.p.p. è previsto che "*il giudice, in camera di consiglio, sentiti il pubblico ministero e l'imputato e se questi non si oppongono, pronuncia sentenza inappellabile di non doversi procedere*".

invece, prevista alcuna forma di interlocuzione in sede di udienza preliminare<sup>35</sup> ovvero in sede dibattimentale, trattandosi di fasi in cui il contraddittorio è già pienamente garantito.

La sentenza ex art. 469 c.p. è consentita *“pur dopo la verifica della costituzione delle parti, ma sempre nella fase degli atti introduttivi e, comunque, prima dell’apertura del dibattimento”*.<sup>36</sup>

L’inserimento nell’art. 469 del comma 1-bis consente espressamente la declaratoria di improcedibilità predibattimentale anche quando ricorre la causa di non punibilità in esame. Di norma la sentenza è adottata nel corso dell’udienza fissata, ma prima dell’apertura del dibattimento, sicché non si pone alcun problema in tema di contraddittorio con la parte offesa.<sup>37</sup> Peraltro il Tribunale potrebbe (ipotesi rara) fissare un’udienza *ad hoc*, nel qual caso dovrebbe dare avviso a tutte le parti, compresa la parte offesa. La sentenza di proscioglimento in esame non produce l’effetto di quella pronunciata all’esito del dibattimento.

La causa di non punibilità può essere pronunciata anche **all’esito del dibattimento**,<sup>38</sup> con sentenza di assoluzione ex art. 530 c.p.p. perché l’imputato non è punibile per particolare tenuità del fatto. La valutazione va effettuata su tutti i requisiti, ivi compresi quelli relativi alla non abitudine del comportamento, secondo gli ordinari criteri in materia di onere della prova e anche di allegazione gravante sull’indagato in materia di riconoscimento di cause di non punibilità. Il contraddittorio risulta in questa sede salvaguardato anche nei confronti della persona offesa, cui deve essere notificato il decreto che dispone il giudizio pure nei casi di citazione diretta.<sup>39</sup>

Quanto ai **rapporti con il giudizio civile o amministrativo di danno**, il decreto legislativo introduce un nuovo **art. 651-bis c.p.p.**, rubricato *“efficacia della sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto nel giudizio civile o amministrativo di danno”*, ai sensi del quale **la sentenza penale irrevocabile di proscioglimento per particolare tenuità del fatto pronunciata in seguito a dibattimento**<sup>40</sup> **ha efficacia di giudicato** quanto all’accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all’affermazione che l’imputato lo ha commesso, **nel giudizio civile o amministrativo** per le restituzioni e il risarcimento del danno; la stessa efficacia ha la sentenza irrevocabile di proscioglimento pronunciata per particolare tenuità del fatto nel **giudizio abbreviato**,<sup>41</sup> salvo che vi si opponga la parte civile che non abbia accettato

---

<sup>35</sup> Nei procedimenti che prevedono l’udienza preliminare, in cui il p.m. evidentemente non ha ritenuto il fatto di particolare tenuità (ovvero il g.i.p. ha rigettato la richiesta), può essere pronunciata sentenza di non luogo a procedere ex art. 425, c. 1, c.p.p., consentita in presenza di “persona non punibile per qualunque causa”. Il contraddittorio è assicurato dalla citazione per l’udienza anche della persona offesa, messa in condizione di interloquire.

<sup>36</sup> Sez. Un. sent. n. 3027/01; Cass. pen., sent. n. 2441/09 e n. 8667/12.

<sup>37</sup> Trib. Novara del 4 maggio 2015. *“Dalla formulazione del capo di imputazione pare dunque potersi ravvisare, con giudizio di immediatezza e senza necessità di un ulteriore approfondimento istruttorio, un’ipotesi di particolare tenuità dell’offesa, dal momento che il pericolo cagionato alla parte lesa è particolarmente esiguo. Peraltro, ai fini della pronuncia di proscioglimento pre-dibattimentale ex art. 469 c.p.p., il giudice deve tenere in considerazione tutti gli atti presenti nel fascicolo processuale”*.

<sup>38</sup> Il legislatore ha regolamentato in modo espresso l’efficacia (nei giudizi civili ed amministrativi) della sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto emessa “in seguito a dibattimento” o a giudizio abbreviato, prevedendola quindi come possibile esito decisorio di questi, senza però subordinarne la pronuncia a particolari regole o cadenze processuali.

<sup>39</sup> L’interlocuzione della persona offesa è consentita anche nel giudizio immediato. Alcune criticità si pongono per il giudizio direttissimo, nelle ipotesi limitate in cui sia effettivamente configurabile l’irrelevanza e questa non sia già stata ritenuta dal p.m.: l’art. 385 c.p.p. prevede che la sussistenza di una condizione di non punibilità preclude l’arresto e il fermo.

<sup>40</sup> L’art. 651-bis c.p.p. non menziona il decreto di archiviazione, né la sentenza ex art. 469 c.p.p.. L’adozione della formula di “non doversi procedere” nell’art. 469 c.p.p. è volta a rimarcare, anche da un punto di vista formale, la differenza di efficacia giuridica – nell’ambito del *genus* delle sentenze di non punibilità ex art. 131-bis c.p. – tra decisioni predibattimentali e decisioni adottate all’esito del dibattimento o del giudizio abbreviato: soltanto a queste ultime, infatti, il nuovo art. 651-bis c.p.p. attribuisce “efficacia di giudicato” nei giudizi civili e amministrativi. Nemmeno la sentenza di non luogo a procedere ex art. 425 c.p.p. può avere effetto nei giudizi civili o amministrativi, stante il mancato richiamo normativo.

<sup>41</sup> La sentenza di proscioglimento per tenuità del fatto può essere pronunciata anche all’esito del giudizio abbreviato ex artt. 442, c. 1, e 529 c.p.p., in qualunque fase (indagini preliminari, udienza preliminare) e rito (monocratico, direttissima) sia richiesto. Trib. Novara del 29 aprile 2015 ha assolto l’imputato, cui era addebitato il reato di tentato furto aggravato, per essere lo stesso non punibile per particolare tenuità del fatto. Nel caso di specie l’offesa è stata ritenuta di particolare tenuità, sotto il profilo oggettivo, avuto riguardo all’esiguo valore e alla natura della *res* sottratta (generi alimentari e cosmetici del valore di 27 euro), nonché alle modalità complessive del fatto, realizzato con modalità rudimentali e non insidiose.

il rito speciale. Il giudicato penale, relativamente alla particolare tenuità del fatto – che presuppone comunque un accertamento sulla esistenza del reato e sulla ascrivibilità dello stesso all'imputato – spiega efficacia nel giudizio civile per il risarcimento del danno, in quanto il fatto resta penalmente illecito per i diversi rami dell'ordinamento. In effetti, l'esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto – accertata con sentenza passata in giudicato in esito ad un rituale processo – non è una pronuncia tipicamente assolutoria, ma, al contrario, accerta, in via definitiva, che il reato è stato commesso dalla persona dichiarata non punibile. *“A questo accertamento penale passato in giudicato in ordine all'entità del fatto illecito causativo del danno di cui si chiede (con l'azione civile) il risarcimento deve attribuirsi efficacia nel processo civile, tenuto conto che l'imputato ha avuto ogni possibilità di difesa nel giudizio penale in cui la particolare tenuità del fatto è stata accertata (non con un decreto di archiviazione, ma con una sentenza dibattimentale passata in giudicato). Ne discende che il giudice civile è invece libero quanto alla quantificazione del risarcimento”*.<sup>42</sup>

Le sentenze di proscioglimento ai sensi dell'art. 131-bis devono essere iscritte per estratto nel **casellario giudiziale** e sono eliminate trascorsi dieci anni dalla loro pronuncia (artt. 3, c. 1, lett. f, 5, c. 2, lett. d bis, D.P.R. n. 313/2002).<sup>43</sup> Tali sentenze non compaiono nel certificato generale e nel certificato penale del casellario giudiziale richiesto dall'interessato, ai sensi degli artt. 24, c. 1, lett. f bis, 25, c. 1, lett. f bis, D.P.R. n. 313/2002.

Merita, infine, ricordare che la presenza di una condizione di non punibilità preclude l'applicazione di **misure cautelari** ai sensi dell'art. 273, c. 2, c.p.p. e **precautelari** (arresto e fermo) ex art. 385 c.p.p..

### 3. Altre questioni

Una delle prime questioni che si sono poste, subito dopo l'entrata in vigore dell'articolo in commento, riguardava il potenziale contrasto del nuovo istituto con il principio dell'**obbligatorietà dell'azione penale**, comportando la nuova disciplina sull'irrelevanza del fatto una vistosa componente di discrezionalità in ragione della sua natura di clausola generale. Tuttavia, il principio di cui all'art. 112 Cost. non esclude che l'ordinamento preveda ipotesi specifiche e predeterminate in cui l'obbligo del pubblico ministero è subordinato al contemperamento tra gli interessi della giustizia ed interessi di altra natura, privatistici e pubblicistici, con la prevalenza dei secondi. Essenziale è che questo bilanciamento non possa avvenire in modo da pregiudicare i valori sottostanti al principio di obbligatorietà quale garanzia di non discriminazione. Deve quindi trattarsi di situazioni predeterminate dalla legge, di categorie generali, e non di casi in cui al potere politico sia attribuita la facoltà di impedire il promovimento dell'azione penale per motivi contingenti ed estemporanei.

Un'altra questione immediatamente sorta riguardava la **successione di leggi penali nel tempo**. Ci si è chiesti se l'art. 131-bis c.p. contemplasse un'ipotesi di *abolitio criminis* ex art. 2, c. 2, c.p. o di mera modifica della disciplina ex art. 2, c. 4, c.p.. La risposta da preferire è quella che esclude l'ipotesi di *abolitio*, in quanto con la norma in esame il legislatore non ha modificato il disvalore in astratto di una fattispecie incriminatrice, bensì ha introdotto una valutazione del giudice sull'irrelevanza del fatto. Fatto che è, e rimane, illecito per l'ordinamento, in quanto viene esclusa solo la punibilità per ragioni di opportunità, quali le stringenti esigenze di economia processuale. Ritenuta l'**applicabilità del comma 4 dell'art. 2 c.p.**, ne discende ad ogni modo l'**applicabilità ai fatti progressi**, con il limite del giudicato. Avendo la norma natura sostanziale

<sup>42</sup> Relazione al D.Lgs. n. 28/2015.

<sup>43</sup> Dalla Relazione al D.Lgs. n. 28/2015: *“il requisito della “non abitudine” del comportamento, previsto dal primo comma del nuovo articolo 131-bis del codice penale, impone un sistema di registrazione delle decisioni che accertano la particolarità tenuità del fatto che comprenda ovviamente anche i provvedimenti di archiviazione adottati per tale causa”*.

è possibile, infatti, l'applicazione retroattiva ai procedimenti (*ex art. 25, c. 2, Cost. e art. 2, c. 4, c.p.*) in corso trattandosi di una norma più favorevole che introduce nell'ordinamento penale una nuova causa di non punibilità.<sup>44</sup> Ne discende l'immediata operatività della non punibilità per particolare tenuità del fatto nei processi in corso celebrati con il rito ordinario o con quello abbreviato, e pendenti in fase di merito, nonché in fase di appello.

Un altro problema che si era immediatamente posto riguardava l'applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p. ai **reati** per i quali sono previste delle **soglie di non punibilità**. Nella competenza del giudice ordinario rientrano, infatti, una serie di reati rispetto ai quali è lo stesso legislatore a configurare, in astratto, la condizione perché la condotta conforme alla fattispecie possa ritenersi anche offensiva degli interessi protetti. Molte sono le ipotesi in cui sono previste **soglie di discriminazione tra fattispecie di rilevanza penale e illecito amministrativo**: si pensi agli illeciti tributari (in particolare i reati di cui agli artt. 10-*bis* e 10-*ter* del D.Lgs. n. 74/2000), alla guida in stato di ebbrezza (art. 186 C.d.S.), alle disposizioni in tema di scarichi industriali, di immissioni in atmosfera o di acque reflue (artt. 137, c. 5 e art. 279, c. 2 del D.Lgs. n. 152/2006), all'art. 316-*ter* c.p. (indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato).<sup>45</sup> Orbene, in relazione a tali ipotesi, potrà il giudice ritenere il fatto inoffensivo ed immeritevole di punizione nonostante il comportamento vietato abbia raggiunto quel limite di tollerabilità al cui superamento il legislatore aveva espressamente subordinato la punizione del fatto?

Secondo una tesi, non si può applicare l'art. 131-*bis* se si supera di poco il limite, in quanto con la soglia di non punibilità è stato già il legislatore a perimetrare e porre i limiti oggettivi di punibilità: il giudice non può intervenire. Si può argomentare anche affermando che, essendo la valutazione di irrilevanza una valutazione meramente quantitativa, la medesima debba escludersi se è già stata effettuata direttamente dal legislatore che ha adottato l'approccio del "diritto penale della soglia". Il criterio delle soglie quantitative della offensività in concreto è già un istituto sull'irrilevanza dell'illecito penale, tra l'altro molto più tipizzato e preciso rispetto al neo istituto *ex art. 131-bis*.

Secondo un'altra tesi, invece, la nuova disposizione sulla non punibilità per particolare tenuità del fatto è applicabile anche in relazione ai reati che prevedono soglie di punibilità (o di rilevanza penale dell'offesa). Tale principio si ricaverebbe implicitamente dalla sentenza della Cassazione n. 15449/2015, in cui si giudicava del reato tributario di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte di ammontare superiore a 50.000 euro (art. 11 D.Lgs. n. 74/2000).<sup>46</sup> La presenza di soglie di punibilità potrebbe infatti essere intesa come una sorta di presunzione legale di rilevanza penale dei fatti che si collocano al di sopra delle soglie stesse, incompatibile con l'istituto introdotto nell'art. 131-*bis* c.p. Senonché, nel momento in cui si riconosce che le soglie di cui si tratta misurano l'offesa rilevante (danno o pericolo), non vi è motivo per escludere in via di principio una particolare tenuità dell'offesa, appunto, in relazione ai fatti che si collocano di poco sopra le soglie stesse. L'art. 131-*bis* c.p. stesso statuisce che la tenuità dell'offesa deve valutarsi avendo riguardo all'*"esiguità del danno o del pericolo"*. *"Il riferimento non solo al danno ma anche al pericolo – senza alcuna distinzione fra pericolo astratto o concreto – sembra non precludere, quantomeno testualmente, l'applicabilità del nuovo istituto ai reati di pericolo astratto"*.<sup>47</sup> D'altra parte, a

---

<sup>44</sup> La richiesta di applicazione dell'art. 131-*bis* può essere fatta anche in Cassazione, qualora non sia stato possibile farlo nel giudizio di merito. Toccherà quindi al Supremo Collegio verificare in astratto l'esistenza dei presupposti per l'applicazione della tenuità, procedendo poi, in caso di valutazione positiva, all'annullamento della sentenza impugnata con rinvio al giudice di merito per la dichiarazione di non punibilità. Cass. pen., Sez. III, sent. n. 15449/2015.

<sup>45</sup> La questione si pone anche con riferimento al reato di cui all'art. 2, c. 1-*bis* D.L. n. 463/1983, conv. in L. n. 638/1983, tenendo conto della prevista depenalizzazione (delega al Governo di cui alla L. n. 67/2014) degli omessi versamenti non eccedenti il limite di 10.000,00 euro annui.

<sup>46</sup> La Cassazione - che nel caso di specie ha escluso l'applicabilità dell'art. 131-*bis* c.p. ritenendo che il fatto oggetto del giudizio non fosse di particolare tenuità - ha di fatto ammesso in via di principio l'applicabilità dell'istituto in esame, in una simile situazione.

<sup>47</sup> Trib. Novara del 14 aprile 2015. *"La causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis c.p., non ponendo in discussione la tipicità (e dunque l'offensività) di un fatto concretamente realizzatosi, rappresenta un giudizio autonomo, da condursi alla stregua delle concrete modalità della condotta, al fine di evitare la sanzione penale per fatti privi, non di disvalore, ma di disvalore in concreto rilevante, ovvero perfettamente offensivi ma secondo un criterio di esiguità. La distinzione fra inesistenza ed esiguità consente, ad avviso di questo Giudice, di applicare l'istituto di cui all'art. 131-bis c.p. anche ai reati di pericolo astratto a anche laddove il legislatore abbia previsto, per gli stessi, delle soglie di punibilità"*. Nel caso di specie si discuteva della contravvenzione di cui all'art. 186, lett. b), CdS ed il rilevante scostamento dalla soglia minima (1,3 g/l) - tale da rendere la fattispecie più vicina ai valori indicati alla lettera c) - è stato ritenuto preclusivo della possibilità di definire il fatto di particolare tenuità.

*fortiori*, va considerato che da tempo la giurisprudenza costituzionale ha affermato (in materia di detenzione di stupefacenti in quantità superiore a quella per uso personale) che la valutazione del giudice circa la necessaria offensività in concreto della condotta ben può portare ad escluderne la rilevanza penale in caso di “eccedenza accertata di modesta entità” rispetto al limite-soglia. Il legislatore, con l’art. 131-*bis*, consentirebbe che, pur in presenza del superamento di un valore soglia – che determina la rilevanza penale della condotta – il fatto, nel suo insieme, possa essere ritenuto di particolare tenuità e, quindi, non punibile.<sup>48</sup> I sostenitori di questa tesi estensiva si richiamano alla giurisprudenza sull’art. 34 D.Lgs. n. 274/2000, che ammette l’applicabilità della causa di improcedibilità alla guida in stato di ebbrezza (originariamente di competenza del giudice di pace).<sup>49</sup>

A seguito dell’introduzione dell’art. 131-*bis* c.p., ci si era anche chiesti quale sorte riservare alle **contravvenzioni**. Stante la natura “contravvenzionale” dell’illecito, che ne evidenzia la - almeno in astratto - minore gravità rispetto ai comportamenti che assumono la connotazione delittuosa, con l’entrata in vigore dell’art. 131-*bis* per la gran parte di tali reati si perverrà ad una decisione di *non liquet*? Certamente no. Bisogna non confondere la particolare tenuità dell’offesa al bene giuridico con il maggiore o minor spessore dello stesso, per cui vi può essere un’aggressione di poco conto ad un interesse che in astratto presenta una significativa rilevanza ed un incisivo danno ad un bene di minor pregnanza (ad es. nel caso in cui baccani e feste notturne impediscano ai vicini di riposare).

In merito alla **possibilità di “rinunciare” al beneficio** della non punibilità per particolare tenuità da parte dell’accusato, *“si ritiene che la non punibilità di cui all’articolo 131-bis del codice penale non leda il diritto al processo dell’imputato, costituzionalmente tutelato, sia in quanto non opera in via automatica sia in ragione della circostanza che lo stesso nella fase processuale non prescinde dall’accertamento del fatto”*.<sup>50</sup>

Con riferimento al decreto di archiviazione, secondo una tesi, all’indagato va riconosciuto senz’altro il diritto di sollecitare la prosecuzione delle indagini con l’adozione di una provvedimento di archiviazione che si pronunci sul merito della questione ovvero addirittura di richiedere lo svolgimento del giudizio - laddove il giudice delle indagini preliminari ritenga l’accusa fondata in termini tali da giustificare l’esercizio dell’azione penale, ma superfluo il processo per la tenuità del fatto. Tale soluzione sembra imposta da due considerazioni: da un lato, analoga disciplina è dettata con riferimento all’istituto della remissione di querela (a sua volta, causa di non procedibilità dell’azione penale) e dall’altro lato, nessun dubbio sui pregiudizi che potrebbero derivare ad un soggetto che, pur ritenendosi estraneo ai fatti, veda la sua posizione definita in senso “liberatorio” solo in ragione della scarsa importanza dell’accaduto. Secondo altra tesi, per la medesima ragione in base alla quale la parte offesa non può opporsi alla decisione del giudice per le indagini preliminari di archiviare, neppure l’indagato può ostacolare questa definizione anticipata, preferita dal legislatore, rinunciando all’archiviazione.

Con riferimento al caso in cui il giudizio di tenuità segua l’accertamento dibattimentale secondo le cadenze dell’art. 651, c. 1-*bis* c.p.p., si ritiene, invece, che l’imputato non possa rinunciare all’applicabilità della causa di non punibilità. In questa ipotesi, infatti, il giudice si pronuncia per la tenuità della vicenda in quanto ha accertato la fondatezza dell’accusa e di conseguenza per l’imputato rinunciare al beneficio di cui all’art. 131-*bis* c.p. vorrebbe dire richiedere al giudice di essere punito per il fatto commesso. Tuttavia, se ciò è corretto ne segue una conseguenza ineludibile: l’imputato ha diritto ad impugnare la sentenza che ne sancisce la non punibilità, stante

---

<sup>48</sup> Del resto, ciò già accade in relazione alla fattispecie di cui all’art. 316-*ter* c.p., che prevede oltre ad una soglia di non punibilità, anche la possibilità – in caso di superamento della stessa – di riconoscere la particolare tenuità del fatto con diminuzione della pena ex art. 323-*bis* c.p.. L’ultimo comma dell’art. 131-*bis*, infatti, non preclude l’applicabilità della causa di non punibilità in caso di circostanza attenuante speciale.

<sup>49</sup> Cass. pen., sent. n. 24249/2006: *“Nel procedimento penale davanti al giudice di pace, la causa di improcedibilità di cui all’art. 34 D.Lgs. n. 274/2000 (particolare tenuità del fatto) trova applicazione anche con riferimento ai reati di pericolo astratto o presunto, perché anche per essi il principio di necessaria offensività consente l’individuazione in concreto di un’offesa anche minima al bene protetto, e perché la particolare tenuità si apprezza per mezzo di giudizio sintetico sul fatto concreto, elaborato alla luce di tutti gli elementi normativamente indicati”*.

<sup>50</sup> Relazione al D.Lgs. n. 28/2015.

da un lato il fatto che la stessa presuppone la sua responsabilità e dall'altro che tale pronuncia può pregiudicarne la posizione in altri procedimenti.

Altra questione: è possibile per il giudice del dibattimento l'adozione di una **pronuncia ex art. 129 c.p.p. per la tenuità del fatto**? La certezza negativa discende da una lettura dell'art. 129 c.p.p., il quale obbliga all'immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità, fra le quali non rientra la tenuità del fatto.<sup>51</sup> L'elenco tassativo contenuto nella norma e la mancata modifica, pure proposta, fa ritenere inapplicabile il proscioglimento per particolare tenuità del fatto ex art. 129 c.p.p.. Tuttavia, si discute in dottrina e giurisprudenza sull'ammissibilità di un'interpretazione estensiva o analogica dell'art. 129 c.p.p.. Ciononostante, è necessario sottolineare che, anche a voler ritenere la rilevanza di ufficio – nel giudizio di cassazione, come nei riti speciali – di una causa di non punibilità ex art. 129 c.p.p., occorrerebbe comunque risolvere l'ulteriore problema della necessità, che sembra emergere dal complessivo assetto della nuova disciplina, di assicurare l'interlocuzione dell'imputato e della persona offesa in ordine alla sussistenza dei presupposti richiesti dall'art. 131-bis c.p.. Occorre anche segnalare le difficoltà di individuare l'efficacia attribuibile nei giudizi civili e amministrativi alla sentenza pronunciata ex art. 129 c.p.p. per speciale tenuità del fatto. Infatti, il nuovo art. 651-bis c.p.p., attribuisce efficacia extra-penale di giudicato alle sole sentenze pronunciate "in seguito a dibattimento", o "a norma dell'art. 442 c.p.p.". <sup>52</sup>

Dal punto di vista pratico ciò comporta, ad esempio, l'impossibilità di declaratoria nel caso di richiesta di **decreto penale** o di **patteggiamento**. Sussiste però un paradosso: il giudice dell'udienza preliminare può pronunciare per tale ragione una sentenza di non luogo a procedere mentre il giudice del dibattimento non può far luogo ad analoga decisione ai sensi dell'art. 129 c.p.p.. D'altro canto, considerata la previsione espressa del proscioglimento predibattimentale, ogni questione potrà nel caso affrontarsi in dibattimento.

Per quanto riguarda la sentenza di patteggiamento, l'art. 444, c. 2, c.p.p. dispone: "*se (...) non deve essere pronunciata sentenza di proscioglimento ai sensi dell'art. 129 c.p.p., il giudice, sulla base degli atti, se ritiene corrette la qualificazione giuridica del fatto, l'applicazione e la comparazione delle circostanze prospettate dalle parti, nonché congrua la pena indicata, ne dispone con sentenza l'applicazione (...)*". Come affermato l'esito ex art. 129 c.p.p. è precluso nel caso di irrilevanza del fatto. Cionondimeno, operando l'istituto in esame sul piano della pena, ben potrà integrare quel giudizio di non congruità della pena che consente di respingere il patteggiamento.

Un altro profilo problematico che si pone, per quanto riguarda le questioni intertemporali, è il caso di opposizione pendente a **decreto penale di condanna** già emesso. La valutazione sull'irrilevanza potrà essere recuperata all'esito del giudizio instaurato con l'opposizione, ma la situazione potrebbe complicarsi in presenza di richiesta di oblazione (che porta di regola all'estinzione del reato). La recente sentenza della Corte costituzionale n. 14 del 2015 ha consentito,

---

<sup>51</sup> L'art. 129 c.p.p., pur rubricato "*Obbligo della immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità*", contempla la pronuncia del giudice quando lo stesso "*riconosce che il fatto non sussiste, o che l'imputato non lo ha commesso, o che il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, ovvero che il reato è estinto o che manca una condizione di procedibilità*", ma nulla dice per l'ipotesi in cui ricorre una causa di non punibilità. Secondo una parte della dottrina, il "silenzio" della legge in proposito "non può essere evidentemente giustificato come un'innocua omissione cui porre rimedio attraverso interpretazioni estensive di altre formule tra quelle contenute nell'art. 129 comma 1, trovando al contrario radici profonde nei presupposti che giustificano il ricorso a tali pronunce", in particolare perché la causa di non punibilità può essere dichiarata "esclusivamente dopo l'accertamento della sussistenza della penale rilevanza e dell'attribuibilità all'imputato del fatto per cui si procede". Tuttavia, la giurisprudenza di legittimità, se nella sua più autorevole composizione si è limitata a registrare la divergenza di opinioni in dottrina circa la corretta formula da adottare per il proscioglimento dettato dalla presenza di cause di non punibilità, evitando espressamente di prendere posizione (Sez. Un., 29 maggio 2008, n. 40049, Guerra), ha però più volte espressamente ammesso la rilevanza di queste ultime con sentenza pronunciata ex art. 129 c.p.p. (Cass. pen., Sez. VI, 6 dicembre 2012, n. 48765, Ricciardi, sul riconoscimento della situazione prevista dall'art. 384 c.p. come causa di non punibilità ex 129; Sez. VI, 1 marzo 2001, n. 15955, Fiori, sull'art. 598 c.p.; Sez. V, 15 febbraio 2005, n. 25155, Sanpaolesi, sull'art. 599, c. 2, c.p.). Si sostiene che la formula "*perché il fatto non costituisce reato*" vada intesa come comprendente anche le cause di non punibilità; e, d'altronde, un'interpretazione diversa comporterebbe fondati dubbi sotto il profilo della legittimità costituzionale.

<sup>52</sup> Potrebbe forse ipotizzarsi che, se la pronuncia ex art. 129 c.p.p. e 131-bis c.p. fosse emessa all'esito di giudizio celebrato nelle forme del rito ordinario o del rito abbreviato, potrebbe fare stato anche nei giudizi civili ed amministrativi per le restituzioni ed il risarcimento del danno; se, invece, la stessa venisse adottata in altra sede, e comunque in assenza di un accertamento sulla responsabilità dell'imputato, la conclusione dovrebbe essere opposta.

infatti, al g.i.p. di pronunciare sentenza *ex* 129 nel caso di domanda di oblazione presentata contestualmente all'opposizione al decreto penale di condanna. Tuttavia, proprio la mancata modifica dell'art. 129, che non ricomprende l'irrilevanza, sembra portare a ritenere preclusa tale possibilità per l'istituto in esame.

Cosa accade quando l'azione penale è esercitata nei confronti di un **sogetto irreperibile** quando vi sia ragione di ritenere che lo stesso non abbia ricevuto notizia del procedimento nei suoi confronti?<sup>53</sup> L'**art. 420-quater c.p.p.** - come modificato dalla L. n. 67/2014 - prevede che il procedimento resti sospeso, ma tale disciplina deve trovare applicazione anche nel caso in cui dagli atti sia desumibile la particolare tenuità del fatto? Chiaramente, la risposta alla domanda deriva dalla soluzione che si fornisce con riferimento alla natura dell'istituto di cui all'art. 131-bis: se si ritiene di essere in presenza di una causa di improcedibilità, non troverà applicazione l'art. 420-quater ed il giudice - in sede di udienza preliminare o in sede dibattimentale, in caso di giudizio a citazione diretta - potrà concludere il procedimento dichiarando l'improcedibilità dell'azione penale per la scarsa rilevanza dell'accaduto; di contro, se la tenuità del fatto rileva quale causa di non punibilità allora, presupponendo la relativa pronuncia un accertamento dell'accaduto con attribuzione del fatto, riconosciuto come penalmente rilevante, alla responsabilità dell'imputato, allora l'irreperibilità dello stesso impedirà di pronunciare una decisione di tal fatta.

I **reati paesaggistici**, previsti all'art. 181, c. 1 e c. 1-bis, del D.Lgs. n. 42/2004, sono considerati reati formali e di pericolo astratto che si perfezionano indipendentemente dal danno arrecato al paesaggio, con la semplice esecuzione di interventi non autorizzati (per mancanza assoluta di autorizzazione o per difformità dall'autorizzazione rilasciata) idonei ad incidere sull'originario assetto dei luoghi sottoposti a protezione. In merito al delitto di cui al comma 1-bis la giurisprudenza ha elaborato il concetto di "interventi di minima entità" inidonei a porre in pericolo il paesaggio e a pregiudicare il bene paesaggistico-ambientale, per i quali si esclude la punibilità, in quanto trattasi di interventi "irrilevanti" ed "inoffensivi".<sup>54</sup> Il riferimento normativo del concetto giurisprudenziale della "minima entità" quale clausola di esclusione della punibilità è l'art. 49, c. 2, c.p. sul reato impossibile. Il comma 1-ter dell'art. 181 tipizza alcuni interventi di minore impatto, in presenza dei quali non si applica la fattispecie contravvenzionale di cui al comma 1, fermo restando l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie. Pertanto, si pone il problema di conciliare il concetto di "lieve entità" dell'intervento, che non costituisce giuridicamente né una circostanza attenuante speciale né una clausola di non punibilità, col concetto di "particolare tenuità del fatto" *ex* art. 131-bis c.p..

In merito ai rapporti tra l'art. 131-bis c.p. e la **responsabilità amministrativa degli enti di cui al D.Lgs. n. 231/2001**, ci si chiede se, in caso di non punibilità della persona fisica per particolare tenuità del fatto, ne consegua anche la non punibilità dell'ente (a titolo di illecito amministrativo derivante da reato). Al quesito sembra potersi dare risposta affermativa, atteso che l'art. 8 del D.Lgs. n. 231/2001 non ricomprende questa ipotesi tra i casi di autonoma responsabilità dell'ente. Pertanto, la non punibilità del reato-presupposto per particolare tenuità del fatto determina la non punibilità dell'ente, venendo a mancare il presupposto della responsabilità amministrativa.

Infine, nel caso in cui il legislatore consente al responsabile della violazione di andare esente dopo essersi attivato a seguito della commissione del fatto - è quanto accade, ad esempio, per le violazioni sulla normativa antifortunistica di cui al D.Lgs. n. 81/2008 in cui è richiesto al responsabile di rimuovere la irregolarità e pagare una determinata somma - può il giudice applicare l'art. 131-bis nonostante la **volontaria inottemperanza da parte del soggetto agente che non si avvale della possibilità che il legislatore gli aveva riconosciuto per andare esente da pena**? È, in sostanza, consentito al giudice pervenire ad una conclusione il cui raggiungimento la norma aveva espressamente subordinato all'adempimento di alcune condizioni? Essendo l'eventuale pagamento della somma un comportamento attinente al profilo meramente soggettivo dell'agente, in caso di inottemperanza al pagamento stesso, non è per forza esclusa

<sup>53</sup> Medesima questione può porsi con riferimento al soggetto incapace di stare in giudizio.

<sup>54</sup> Cass. pen. sent. n. 7343 e 44928/2014.

l'applicabilità della causa di non punibilità per particolare tenuità, attinente all'oggettività del fatto di reato. L'effetto estintivo del reato non attiene, infatti, ad una valutazione dell'offesa, ma postula l'esistenza di comportamenti successivi di resipiscenza conformi alla previsione normativa.

#### 4. Figure affini: l'art. 34 D.Lgs. n. 274/2000 e l'art. 27 D.P.R. n. 448/1988

L'istituto della non punibilità per c.d. "irrilevanza del fatto", già conosciuto nell'ordinamento minorile (art. 27 D.P.R. n. 448/1988) e in quello relativo alla competenza penale del giudice di pace (art. 34 D.Lgs. n. 274/2000), è da molti anni oggetto della riflessione penalistica in vista di una sua possibile estensione da tali ambiti particolari al sistema penale comune. Le norme in questione configurano, però, simili ma non identici istituti.

A norma dell'**art. 34 D.Lgs. n. 274/2000**, sulla competenza del **giudice di pace**, qualora il fatto sia di particolare tenuità, ovvero quando, rispetto all'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato, nonché la sua occasionalità e il grado della colpevolezza non giustificano l'esercizio dell'azione penale - tenuto conto altresì del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato - il giudice, nel corso delle indagini preliminari, dichiara con decreto di archiviazione non doversi procedere per la particolare tenuità del fatto, se non risulta un contrapposto interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento. Qualora, invece, sia stata già esercitata l'azione penale, la particolare tenuità del fatto può essere dichiarata con sentenza sempre che l'imputato e la persona offesa non si oppongano.

In questo istituto si riscontra la tendenza sempre più diffusa nell'ordinamento di prevedere ipotesi nelle quali lo Stato rinuncia alla propria potestà punitiva anche nel caso in cui la **lesione del bene giuridico** ci sia stata, ma sia stata lieve, **minima, tale da non giustificare il ricorso all'azione penale**. La logica sottesa all'articolo in esame è pertanto la stessa del recentissimo istituto di cui all'art. 131-bis: entrambe le norme riguardano il tema dell'**inoffensività del fatto**.

Tuttavia tra i due istituti sussistono delle differenze.<sup>55</sup> Mentre la particolare tenuità del fatto introdotta con la recente riforma incide sulla punibilità del fatto, innanzi alla magistratura onoraria la medesima circostanza incide sulla procedibilità dell'azione penale. La disciplina per i procedimenti davanti al giudice di pace richiama, infatti, l'istituto della **improcedibilità**, e conformemente a ciò, rinviene nell'atteggiamento della **persona offesa** rispetto al procedimento penale il profilo centrale per definire un comportamento criminoso come tenue o meno. Detto altrimenti, un "fatto è tenue" se della sorte del giudizio non si interessa nemmeno la persona offesa e siccome l'atteggiamento della persona offesa di frequente si riverbera nella presentazione di apposite istanze di punizione che rappresentano una condizione di procedibilità dell'azione penale, la tenuità dell'accaduto si configura come ragione di improcedibilità. Nulla di ciò può sostenersi con riferimento alla previsione di cui all'art. 131-bis c.p.: in tale disposizione si parla di "non punibilità" e, come precedentemente detto, nessun riferimento è operato all'atteggiamento assunto dalla vittima rispetto allo svolgersi del procedimento penale.

Sussistono ulteriori profili di distinzione. Nel configurare i parametri per la definizione di una condotta conforme ad una fattispecie criminosa ma comunque sfornita di ogni profilo di offensività, l'art. 34 citato fa **riferimento all'interesse tutelato, all'esiguità del danno o del**

---

<sup>55</sup> La stessa Corte costituzionale, con la recente sentenza del 3 marzo 2015 n. 25, nel dare "il via libera" al nuovo istituto ha affermato che "Certo, il legislatore ben può introdurre una causa di proscioglimento per la "particolare tenuità del fatto" strutturata diversamente e senza richiedere tutte le condizioni previste dall'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000". La causa di non punibilità introdotta è "una disposizione sensibilmente diversa da quella dell'art. 34 del d.lgs. n. 274 del 2000, perché configura la particolare tenuità dell'offesa come una causa di non punibilità, invece che come una causa di non procedibilità, con una formulazione che, tra l'altro, non fa riferimento al grado della colpevolezza, all'occasionalità del fatto (sostituita dalla non abitualità del comportamento), alla volontà della persona offesa e alle varie esigenze dell'imputato". La Corte costituzionale doveva pronunciarsi sul giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 529 c.p.p. per la mancata previsione della causa di proscioglimento per la tenuità del fatto nei procedimenti di competenza del tribunale, analogamente a quella prevista dall'art. 34. Ipotesi appunto aggiunta dalla nuova disciplina che ha introdotto, però, una causa di non punibilità con presupposti diversi.

**pericolo che è derivato dal comportamento assunto, all'occasionalità ed al grado della colpevolezza della condotta, nonché al pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato:** nessuna di tali considerazioni pare destinata ad operare nel procedimento penale ordinario.<sup>56</sup>

Pur in presenza di alcuni presupposti analoghi al nuovo istituto, nel processo davanti al giudice di pace assumono rilievo, oltre che l'autore del reato (come nel processo minorile), anche la persona offesa, dovendo tenersi conto specificamente "dell'interesse tutelato". Infine, l'irrilevanza del fatto innanzi al giudice di pace, per la quale è prevista l'improcedibilità, si differenzia dall'istituto in esame anche perché è **applicabile solo ad alcune fattispecie di reato** (specificamente elencate), ritenute di limitata offensività anche attraverso l'attribuzione della competenza al giudice di pace.

Possono venire in rilievo **problemi di coordinamento** tra le due discipline. Se è vero che l'art. 2 del D.Lgs. n. 274/2000 contiene la clausola in base alla quale nel procedimento davanti al giudice di pace per tutto ciò che non è previsto dal decreto stesso si osservano, in quanto applicabili, le norme contenute nel codice di procedura penale, è altrettanto vero che l'art. 17 (sull'archiviazione) espressamente prevede tra i casi di archiviazione anche i casi previsti dall'art. 411 c.p.p. (tra cui rientra anche la particolare tenuità del fatto), nonché dall'art. 34 dello stesso decreto. Il rinvio al c.p.p. sembrerebbe destinato ad operare nei casi in cui il D.Lgs. n. 274/2000 non contenga espresse previsioni su taluni aspetti del procedimento ed occorra colmare dei vuoti di disciplina. Per effetto del richiamo all'art. 411 c.p.p. che, nella sua attuale formulazione, prevede la particolare tenuità del fatto come ipotesi di archiviazione, quest'ultima va ad aggiungersi alla causa di non procedibilità prevista dall'art. 34, con il conseguente problema di coordinamento tra le due discipline.

Per quanto riguarda, invece, la sentenza di assoluzione *ex art. 530 c.p.p.* per non punibilità per particolare tenuità, ci si chiede se sia ammissibile in caso di reati di competenza del giudice di pace ma nello specifico valutati dal giudice ordinario.

**L'art. 27 del D.P.R. n. 448/1988 (codice del processo penale minorile)** è rubricato "*sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto*" e dispone che, se durante le indagini preliminari, risulta la tenuità del fatto e l'occasionalità del comportamento, il pubblico ministero chiede al giudice sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto quando l'ulteriore corso del procedimento pregiudica le esigenze educative del minore. In udienza, invece, il giudice pronuncia d'ufficio sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto, se ne ricorrono le condizioni.

Parimenti all'art. 34 e differentemente dall'art. 131-bis, l'art. 27 in esame prevede una causa di non procedibilità, la cui *ratio* risiede, in questo caso, nel non arrecare pregiudizio alle esigenze educative del minore. Un presupposto quest'ultimo mancante nella disciplina dell'art. 131-bis c.p., così come il criterio-indice dell'occasionalità della condotta. Non è invece presente nell'art. 27 alcun limite edittale, sussistente nell'art. 131-bis. Inoltre, mentre l'art. 131-bis parla di "particolare tenuità" del fatto, la norma del processo minorile parla solo di solo di "tenuità".

Al comma 2 dell'art. 27 si prevede che "*sulla richiesta il giudice provvede in camera di consiglio sentiti il minore e l'esercente la potestà dei genitori, nonché la persona offesa dal reato. Quando non accoglie la richiesta il giudice dispone con ordinanza la restituzione degli atti al pubblico ministero*".

---

<sup>56</sup> Il punto da considerare attiene all'omogeneità strutturale degli illeciti devoluti alla cognizione del magistrato onorario rispetto a quelli di competenza del giudice togato. Mentre il primo può fare una valutazione omogenea dei parametri sopra indicati, tale possibilità è preclusa al secondo che deve confrontarsi con una pluralità di fattispecie criminose assai diverse fra loro e rispetto alle quali i suddetti parametri si atteggiavano in maniera radicalmente differente. Il giudice di pace si "confronta" con illeciti che si caratterizzano per l'aggressione di interessi tendenzialmente omogenei e soprattutto di carattere "individuale", nel senso che il bene giuridico protetto dalle singole disposizioni incriminatrici fa capo a soggetti singoli, sicché che l'aggressione sia stata o meno tenue lo si può facilmente e correttamente desumere dall'intensità con cui il soggetto offeso segue le vicende processuali che lo interessano; di contro, l'art. 131-bis c.p. è destinato a trovare applicazione con riferimento ad illeciti criminali in cui sono diversi sia la rilevanza del bene giuridico (si pensi alla violenza sessuale), la sua titolarità (beni a titolarità diffusa), nonché le modalità di aggressione dello stesso (reati di pericolo e di danno, delitti e contravvenzioni) e le forme della colpevolezza (ad es. il dolo specifico).

In tali casi, il giudizio di tenuità richiede che il fatto sia valutato globalmente, considerando la natura del reato, la pena edittale, l'allarme sociale provocato, la capacità a delinquere, le ragioni che hanno spinto il minore a compiere il reato e le modalità con le quali esso è stato eseguito. L'occasionalità indica, invece, la mancanza di reiterazione di condotte penalmente rilevanti mentre il pregiudizio per le esigenze educative del minore comporta una prognosi negativa in ordine alla prosecuzione del processo, improntato, più che alla repressione, al recupero della devianza del minore.<sup>57</sup>

Essendo previsti dalle norme esaminate, come visto, presupposti diversi, ne deriva che la disciplina dell'irrelevanza costituisce *lex specialis* nel procedimento minorile e nel procedimento davanti al giudice di pace, senza possibilità di automatismi estensivi, neanche delle conclusioni giurisprudenziali raggiunte sui differenti istituti.

## 5. L'art. 131-bis ed il reato impossibile

La c.d. "irrelevanza del fatto" è istituto diverso da quello della c.d. "**inoffensività del fatto**". Quest'ultimo, come recepito dalla giurisprudenza costituzionale e comune ormai largamente prevalente, attiene alla **totale mancanza di offensività del fatto**, la quale esclude la punibilità del fatto che – pur apparentemente conforme al tipo – risulta privo di un suo elemento costitutivo e in definitiva **atipico** e insussistente come reato perchè inoffensivo. L'ipotesi della inoffensività del fatto è stata ricondotta normativamente all'**art. 49, c. 2, c.p.**, sul reato impossibile.<sup>58</sup> Diversamente, l'istituto della "**irrelevanza del fatto**" per particolare tenuità presuppone un **fatto tipico** e, pertanto, costitutivo di reato ma da ritenere **non punibile** in ragione dei principi generalissimi di proporzione e di economia processuale.

Gli istituti della necessaria offensività e della irrilevanza del fatto sono profondamente diversi, per quanto riguarda la natura dei criteri valutativi ad esempio: qualitativi per il primo e quantitativi per il secondo.<sup>59</sup> L'istituto della necessaria offensività, inoltre, presuppone fattispecie criminose legislativamente costruite come reati di offesa (di lesione o di pericolo concreto), poiché è destinato a rimediare allo scarto verificabile in concreto tra conformità alla fattispecie e contenuto offensivo; mentre l'istituto della irrilevanza del fatto è applicabile ad ogni categoria di reati, essendo semmai il suo campo applicativo circoscrivibile a reati di modesta gravità astratta, nel presupposto che l'istituto sia funzionalmente concepito come rivolto ad alleggerire il sistema dagli illeciti bagatellari.<sup>60</sup> Infine, la necessaria offensività è destinata a incidere su situazioni statisticamente eccezionali di scollamento tra tipicità e offesa in concreto; mentre, l'irrelevanza del fatto potrebbe incidere su fasce statisticamente anche molto consistenti di criminalità bagatellare.

Il nuovo art. 131-bis c.p. sull'irrelevanza del fatto rende, pertanto, di estrema attualità il tema dell'offesa al bene giuridico, insito nel principio di offensività, nonché il dibattito in ordine all'interpretazione dell'art. 49, c. 2, c.p..

Secondo il **principio di offensività** il reato costituisce un fatto offensivo di un bene giuridico, in contrapposizione ad ogni concezione soggettivistica del diritto penale. L'**offesa** penalmente rilevante al bene giuridico tutelato dalla norma, che può consistere nella sua lesione o messa in pericolo, è il c.d. **evento in senso giuridico** e la relativa nozione attiene dunque all'oggettività

---

<sup>57</sup> Cass. pen., Sez. II, sent. n. 32692/2010.

<sup>58</sup> Art. 49, c. 2, c.p.: "*La punibilità è esclusa quando, per l'inidoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto di essa è impossibile l'evento dannoso o pericoloso*".

<sup>59</sup> Le discussioni sulla irrilevanza si inscrivono nella concezione del reato come "entità graduabile".

<sup>60</sup> Ulteriore differenza tra i due concetti riguarda la loro applicabilità ai reati che prevedono soglie di punibilità. Sebbene il principio di offensività debba reggere ogni interpretazione di norme penali e operi, pertanto, anche per i reati di pericolo astratto, laddove il legislatore abbia previsto soglie di punibilità non vi è motivo di inserire nel giudizio di reità un'ulteriore indagine per valutare l'offensività nei confronti del bene giuridico, dovendosi ritenere che quest'ultima sia stata già previamente – e più compiutamente – valutata dall'organo delle leggi. Per quanto riguarda l'irrelevanza del fatto e l'art. 131-bis, secondo parte degli interpreti, non sarebbe preclusa la sua applicazione ai casi concreti che superano di poco la soglia, essendo configurabile un'offesa particolarmente tenue seppur esistente e tipica.

giuridica del reato.<sup>61</sup> Secondo l'ormai costante giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>62</sup> il principio di offensività può essere interpretato secondo due accezioni. **L'offensività c.d. in astratto** costituisce un vincolo per il legislatore, in quanto obbliga il legislatore, nella formulazione delle fattispecie di reato, a tipizzare situazioni che già in astratto esprimano un contenuto lesivo, che individuino quindi specifiche offese di beni giuridici. **L'offensività c.d. in concreto** costituisce invece un vincolo per il giudice, rappresentando un criterio interpretativo-applicativo della legge, nel senso che il giudice è tenuto ad accertare che il fatto di reato abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene giuridico tutelato. Qualora non sia ravvisabile quel grado minimo di offensività nella condotta dell'agente si configurerà il reato impossibile. Il principio di offensività, di cui la **proporzione** (principio ispiratore dell'art. 131-bis) è una declinazione, è pertanto canone interpretativo unanimemente accettato.<sup>63</sup>

In ordine all'**interpretazione del reato impossibile**, di cui all'art. 49, c. 2, c.p., secondo il quale *“La punibilità è esclusa quando, per l'inidoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto di essa è impossibile l'evento dannoso o pericoloso”*,<sup>64</sup> esistono due teorie.

Secondo la **dottrina tradizionale** il reato impossibile non è altro che un tentativo inidoneo, sicché l'art. 49, c. 2, sarebbe un inutile duplicato, in negativo, dell'art. 56 sul tentativo.<sup>65</sup>

Pertanto, di fronte ad una determinata condotta dell'agente che non ha prodotto l'evento lesivo o pericoloso, è necessario, secondo questa teoria, valutare l'idoneità dell'azione: se l'esito della valutazione è negativo (l'azione era inidonea), vi è reato impossibile o tentativo inidoneo (art. 49, c. 2); se l'esito è positivo (l'azione era idonea ma non si è compiuta), si avrà reato tentato (*rectius* delitto tentato: art. 56).<sup>66</sup>

Tale dottrina, seguita anche dalla **giurisprudenza**, precisa che l'insufficienza causale dell'azione, sia per il delitto tentato che per il reato impossibile, va valutata con **giudizio di prognosi postuma ex ante** (cioè ponendosi idealmente nella situazione che l'agente si è rappresentata prima dell'azione) e **in concreto** (non astrattamente). Infatti, con valutazione *ex post*, ogni volta che l'evento non si realizza dovrebbe affermarsi che la condotta era inidonea.

La giurisprudenza di legittimità ritiene che **l'inidoneità dell'azione** nel reato impossibile debba essere **intrinseca, originaria e assoluta**.<sup>67</sup> Non sono suscettibili di valutazione, ad esempio, i **fattori sopravvenuti ed estrinseci** che abbiano in concreto determinato l'inidoneità

---

<sup>61</sup> Dalla concezione giuridica di evento, secondo la quale esso consiste nella offesa dell'interesse tutelato, vale a dire nella sua lesione o messa in pericolo, va distinta la concezione naturalistica dell'evento. Secondo la concezione naturalistica per evento deve intendersi un accadimento del mondo esterno, cioè una modificazione della realtà, costituente un dato fenomenologicamente e concettualmente separato dalla condotta umana alla quale è causalmente riconducibile. Con riferimento al bene giuridico tutelato dal reato, l'evento può consistere sia nella lesione sia nella messa in pericolo del bene protetto. Esistono diversi tipi di evento; l'evento può essere un dato della realtà fisica (frana, valanga ecc...), un dato della realtà fisiologica dell'uomo (morte, malattia ecc...), un fattore della realtà economica (ingiusto profitto, dissesto ecc...), un elemento della realtà psichica (errore ecc...) o un comportamento altrui (atto di disposizione, reato ecc...).

<sup>62</sup> V. tra le ultime la sent. della Corte costituzionale n. 265/2005.

<sup>63</sup> Corte cost. sent. n. 139 e 172/2014. *“L'esigenza costituzionale di determinatezza della fattispecie ai sensi dell'art. 25, c. 2, Cost. non coincide necessariamente con il carattere più o meno descrittivo della fattispecie, ben potendo la norma incriminatrice fare uso di una tecnica esemplificativa oppure riferirsi a concetti extragiuridici diffusi ovvero ancora a dati di esperienza comune o tecnica. Il principio di determinatezza non esclude, infatti, l'ammissibilità di formula elastiche, alle quali non infrequentemente il legislatore deve ricorrere stante l'impossibilità pratica di elencare analiticamente tutte le situazioni astrattamente idonee a giustificare l'inosservanza del precetto (...)”*. Spetta al giudice *“ricostruire e circoscrivere l'area di tipicità della condotta penalmente rilevante sulla base dei consueti criteri ermeneutici, in particolare alla luce del principio di offensività, che per giurisprudenza costante di questa Corte costituisce canone interpretativo unanimemente accettato”*.

<sup>64</sup> L'evento di cui all'art. 49 c.p. è l'evento giuridico non quello materiale.

<sup>65</sup> Art. 56, c. 1, c.p.: *“Chi compie atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto, risponde di delitto tentato, se l'azione non si compie o l'evento non si verifica”*. L'azione inidonea di cui parla l'articolo 49 c.p. sarebbe il corrispondente dell'espressione *“l'azione non si compie”* dell'articolo 56 c.p.; la mancanza dell'oggetto di cui all'articolo 49 c.p. corrisponderebbe alla non verifica dell'evento di cui all'articolo 56.

<sup>66</sup> Un'ulteriore differenza tra l'art. 49 c.p. e l'art. 56 c.p. è che il primo, parlando di reato, è applicabile anche alle contravvenzioni, il secondo solo ai delitti. Ne consegue che un atto idoneo diretto a commettere una contravvenzione non sarebbe punibile; mentre un atto non idoneo (e quindi configurante contravvenzione impossibile) darebbe luogo all'applicazione di una misura di sicurezza.

<sup>67</sup> Prendendo, ad esempio, in considerazione i reati di falsità nummarie, il requisito dell'assolutezza enucleato dalla giurisprudenza implica che la banconota falsa debba essere assolutamente riconoscibile come tale da parte di ciascun soggetto potenzialmente offeso dal fatto tipico (artt. 367 e 368 c.p.).

dell'azione.<sup>68</sup> L'azione deve, dunque, essere guardata nella sua capacità intrinseca ed originaria alla realizzazione di un fatto di reato, sia nelle forme del delitto tentato, sia nella forma del reato consumato. La sussistenza dei fattori estrinseci che rendono inidonea l'azione colloca la condotta nell'alveo del tentativo punibile anziché nell'ambito del reato impossibile (si pensi al borseggiatore che introduce la mano nella borsa ove non rinviene né portafogli né soldi).

Il secondo dei presupposti alternativi integrativi del reato impossibile, è quello dell'**inesistenza dell'oggetto**. Secondo la dottrina tradizionale questo requisito è una *species* del *genus* "inidoneità dell'azione" e vi può essere assorbito, in quanto, ove non sussista l'oggetto, *a fortiori* l'azione sarà inidonea ad offendere.

La **giurisprudenza** ha fatto rientrare nel **delitto impossibile** le seguenti figure: il c.d. falso innocuo, cioè quello grossolano e riconoscibile da chiunque; il falso inutile, cioè quello avente ad oggetto documenti privi di rilevanza giuridica; la falsa testimonianza, concernente circostanze marginali o estranee all'oggetto della decisione; la simulazione di reato o calunnia, relative a fatti completamente incredibili.

Una **dottrina più recente**, contestando quella tradizionale la quale, come visto, porta ad una valutazione di superfluità dell'art. 49, c. 2, rispetto all'art. 56, rivendica una funzione autonoma del reato impossibile rispetto al tentativo inidoneo.<sup>69</sup> Tale teoria, derivante dalla **concezione realistica del reato**, è un'implicazione del c.d. principio di offensività, per il quale il reato deve effettivamente ledere o mettere in pericolo (offendere) il bene tutelato dalla norma, in quanto **l'offesa, o evento giuridico, costituirebbe un elemento del reato**, ulteriore rispetto agli altri elementi essenziali indicati dalla norma incriminatrice e la sua presenza nella struttura della fattispecie sarebbe appunto richiesta proprio dall'art. 49, c. 2, c.p., con la conseguenza che **in sua assenza il fatto concreto non risulta conforme al tipo**. L'art. 49 al comma 2 consacrerrebbe tale idea, secondo la quale affinché reato vi sia occorre verificare che il fatto sia stato posto in essere e che vi sia stata offesa. Pertanto, per i sostenitori di tale recente dottrina, se un soggetto compie singoli atti concretamente non idonei a produrre l'evento, si avrà un tentativo inidoneo e non punibile (art. 56); se, invece, l'agente pone in essere l'intera condotta, ma questa è inidonea ad offendere il bene, si avrà reato impossibile (art. 49, c. 2), con eventuale applicazione di una misura di sicurezza.

Nonostante la dottrina tradizionale identifichi l'art. 49 con l'art. 56, vi è una differenza tra i due istituti, attese le differenze di collocazione e di linguaggio usate dal codice. Per quanto riguarda **l'inidoneità dell'azione**, il tentativo inidoneo si configura quando il delitto è imperfetto perché non è portato alla consumazione (si ha un singolo atto inidoneo); il delitto impossibile, invece, ricorre quando l'azione è portata a compimento fino alla fine, ma l'evento è mancato (è tutta l'azione compiuta ad essere inidonea). Questo spiega anche perché il tentativo inidoneo non è punito, mentre il delitto impossibile è sanzionato con l'applicazione di una misura di sicurezza.<sup>70</sup>

Per quanto riguarda **l'inesistenza dell'oggetto**, per distinguere l'articolo 49 c.p. dall'art. 56 c.p., il primo farebbe riferimento ai casi di inesistenza assoluta, cioè quella in cui l'oggetto non è mai

---

<sup>68</sup> Con riferimento alla non valutabilità dei fattori estrinseci, si è avuto riguardo soprattutto agli eventuali interventi della polizia e dell'agente provocatore: il preventivo appostamento della polizia sul luogo del delitto ed il successivo intervento della stessa, che evita la consumazione del reato, non sono sufficienti, di per sé, a rendere l'azione assolutamente inidonea ed inadeguata al fine a cui era diretta, in quanto, con valutazione in concreto ed ex ante, essa poteva essere portata a conclusione.

<sup>69</sup> Secondo la concezione realistica dell'illecito, il criterio di discriminazione tra delitto impossibile e tentativo inidoneo permette di eliminare dalla sfera del penalmente rilevante tutti quei comportamenti che non hanno alcuna potenzialità offensiva. Tale concezione vede il reato solo in quei comportamenti effettivamente offensivi di beni giuridici rilevanti. La teorica in esame ha avuto un grande influsso sulla dottrina penalistica degli ultimi decenni, in quanto ha permesso di adeguare una normativa penalistica indubbiamente datata come quella del codice Rocco alle evoluzioni della società, rispondendo alla fondamentale esigenza di giustizia di non colpire comportamenti irrilevanti dal punto di vista offensivo. In pratica l'articolo 49 c.p., in combinato con l'articolo 43 c.p. (anch'esso parla di evento dannoso o pericoloso da cui dipende l'esistenza del reato, escludendo quindi che un evento non dannoso possa considerarsi tale) diventa una norma, che, interpretata in questo senso, si erge a principio cardine del diritto penale.

<sup>70</sup> Un esempio di reato impossibile per inidoneità dell'azione si ha nel caso in cui Tizio spara con una pistola di scarso potenziale verso Caio che si trova su di una collina a 2 km di distanza. In altre parole: chi compie una serie di atti idonei a provocare l'evento pone in essere un tentativo inidoneo (ad es. Tizio tenta di sparare con una pistola a salve o Tizio tenta di sparare contro un cadavere); se invece si pone in essere tutta un'azione inidonea, allora si applica la norma del reato impossibile (ad es. Tizio spara con una pistola a salve o Tizio spara contro un cadavere).

esistito *in rerum natura*;<sup>71</sup> mentre l'articolo 56 c.p. farebbe riferimento ai casi di inesistenza relativa o momentanea, cioè quelli in cui l'oggetto non è presente sul luogo del delitto, per cause momentanee o accidentali.<sup>72</sup> Inoltre l'articolo 49 c.p., parlando di inesistenza dell'oggetto, farebbe riferimento anche a tutti quei casi in cui il fatto manca di una concreta offensività: il furto di uno spillo, o di un acino d'uva, ad esempio. Si tratterebbe cioè di una **inesistenza giuridica**, anche se non materiale. A titolo esemplificativo, se Tizio opera una falsificazione di banconote in modo estremamente grossolano, egli ha posto in essere interamente la condotta descritta dalla norma incriminatrice (art. 453 c.p.), ma la grossolanità del falso rende impossibile l'offesa o la messa in pericolo della fede pubblica, sicché la fattispecie rientrerà nell'ipotesi di cui all'art. 49, c. 2.. Ed ancora, si potrà ritenere, ad esempio, che colui il quale rubi una ciliegia da un albero non è punibile ai sensi dell'art. 624 c.p., in quanto, pur avendo posto in essere la condotta descritta dalla norma, essa in concreto è inidonea a ledere il bene giuridico patrimonio protetto dalla norma sicché si avrà reato impossibile (non punibile).<sup>73</sup>

Secondo la concezione realistica non sussiste il reato qualora la condotta dell'agente, conforme alla fattispecie tipica, non abbia "effettivamente" leso ovvero messo in pericolo il bene tutelato, sulla base di una **valutazione ex post**.

Se, da una parte, i sostenitori della concezione realistica elevano **l'art. 49 c.p. a regola cardine** del sistema, su cui costruire il principio di offensività, dall'altra parte, gli autori contrari a tale teoria sostengono che letto in tal modo incrinerebbe il principio della certezza del diritto, dando troppo potere al giudice.<sup>74</sup>

**La teoria realistica è stata, infatti, molto criticata**, sotto molti punti. In primo luogo, la **dottrina ora maggioritaria** manifesta perplessità sulla possibilità di configurare l'offesa all'interesse tutelato come requisito autonomo ed esterno alla fattispecie: in tale prospettiva si osserva infatti che per definizione **non può esistere un fatto tipico inoffensivo** del bene giuridico<sup>75</sup> e che i casi nei quali la giurisprudenza ha accolto tale principio (come ad es. il falso grossolano o la calunnia c.d. incredibile) non si riscontra a ben vedere un fatto conforme al tipo. Un fatto conforme al tipo, ma insuscettibile di ledere un bene giuridico, **è una contraddizione in termini**, perché se un fatto non lede alcun bene giuridico non è conforme al tipo. In secondo luogo, si critica la concezione realistica perché fa ricorso alla **discussa categoria dogmatica del bene giuridico**. Inoltre, essa sarebbe un grave pericolo per lo stato di diritto, perché imporrebbe al giudice due ordini di giudizi: il primo relativo alla tipicità del fatto; il secondo relativo alla non lesività di esso, effettuato alla stregua di parametri non giuridici, tra l'altro molto imprecisi; col rischio che verrebbe da un lato **minacciata la certezza del diritto** e, dall'altro, sorgerebbe il rischio di confondere le due distinte funzioni, giudiziaria e legislativa. Si sostiene poi che allo stesso risultato si può pervenire per altre vie, ad esempio con l'articolo 43 c.p., costituzionalizzando il principio di offensività, interpretando adeguatamente le singole norme penali o tramite il principio di tipicità, che taluno ricava dall'art. 1 c.p.. Ad esempio alla non punibilità del furto di una mela si può giungere interpretando correttamente il concetto di cosa di cui all'art. 624 c.p., applicandola solo alle cose che abbiano un certo valore patrimoniale. Infine, si sente probabilmente l'esigenza di evitare, negando che l'articolo 49 c.p. introduca il principio di offensività, che per questa via possa essere ricostruita **una teoria della non punibilità dei reati cosiddetti bagatellari**.

Tuttavia che il **principio di offensività** sia un **principio cardine** del nostro ordinamento nessun autore lo mette più in dubbio; e che tale principio passi per l'articolo 49 c.p. o per altre vie è indifferente. Una di queste vie è, senza dubbio, il nuovo art. 131-bis c.p..

---

<sup>71</sup> Un esempio può essere il caso di un terrorista che spara verso le finestre di una vecchia caserma abbandonata ritenendo che all'interno vi siano dei militari i quali, invece, già da tempo alloggiano altrove.

<sup>72</sup> Ad esempio quando Tizio spara contro il letto dove solitamente dorme un individuo, che però è momentaneamente vuoto.

<sup>73</sup> Il reato impossibile serve per spiegare perché non sia punibile per atti osceni la modella che posa nuda in un'accademia d'arte o la mamma che si scopre il seno in una stazione per allattare il bambino, o il pubblico ufficiale che riceve in regalo una scatola di cioccolatini, o dei fiori (non ci sarebbe infatti aggressione del bene giuridico).

<sup>74</sup> Parallelamente, l'introduzione dell'art. 131-bis c.p. è stata da alcuni criticata per il troppo ampio potere discrezionale che lascia al giudice.

<sup>75</sup> Soprattutto se si cerca di interpretare la norma incriminatrice in modo tale da ricondurre nel fatto tipico i fatti offensivi del bene giuridico da essa tutelato.

Concludendo, si può affermare certamente che **il reato impossibile è un'ipotesi di inoffensività del fatto** (similmente al tentativo inidoneo) in cui non è ravvisabile alcun danno, ma tuttavia al soggetto può venire applicata una misura di sicurezza, in violazione del principio di offensività che dovrebbe informare tutto il nostro sistema penale e in violazione del principio del diritto penale del fatto.<sup>76</sup> Se da una parte, per la dottrina tradizionale e la giurisprudenza, in caso di reato impossibile, il fatto è atipico perché inoffensivo e la valutazione del giudice va fatta *ex ante*; per la concezione realistica del reato, il fatto è tipico ma inoffensivo e la valutazione va fatta *ex post*. In caso di **reato non punibile per la particolare tenuità del fatto** (art. 131-bis), invece, il fatto offensivo c'è (il fatto è tipico), l'evento giuridico c'è (il fatto è tipico e offensivo), ma l'offesa è tenue e pertanto non è punibile, secondo una valutazione discrezionale del giudice. L'art. 131-bis disciplina, pertanto, **un'ipotesi di c.d. irrilevanza del fatto**, da differenziarsi dall'inoffensività *tout court*: ed è così che si spiegano gli effetti, comunque negativi, che ne derivano nonostante una sentenza di assoluzione per non punibilità.

Un altro profilo dogmatico che la disposizione in esame permette di affrontare riguarda **le teorie del reato**. L'art. 131-bis c.p. - che riconosce l'illiceità penale del fatto giudicato non punibile perché irrilevante per tenuità del fatto - potrebbe forse consentire di escludere la c.d. tesi quadripartita del reato che include la meritevolezza di pena tra gli elementi costitutivi del reato. In estrema sintesi si può ricordare che le prospettive di analisi del reato sono innanzitutto due: la **concezione unitaria**, la quale afferma che l'illecito penale non può essere scisso in singoli elementi e va considerato unitariamente e la **concezione analitica**, per la quale il reato va scomposto e studiato nei suoi elementi. Nell'ambito di quest'ultima posizione sono emerse tre teorie: la **teoria della bipartizione**, secondo la quale il reato va scomposto nell'elemento oggettivo (il fatto, comprensivo dell'elemento negativo dell'assenza di cause di giustificazione) e l'elemento soggettivo (la volontà colpevole); la **teoria della tripartizione**, secondo la quale gli elementi del reato sono il fatto, l'antigiuridicità e la colpevolezza; ed, infine, la **teoria della quadripartizione** che aggiunge ai tre elementi la tipicità o, in altra variante, la meritevolezza e/o necessità di pena (punibilità).

Nella non punibilità *ex art. 131-bis c.p.* l'offesa è presente, ma di particolare tenuità, così da ritenere il fatto tipico e integrante reato, irrilevante e non meritevole di pena.

Dr.ssa Simona Serra

---

<sup>76</sup> In realtà le difficoltà della dottrina a far passare il principio di offensività per l'articolo 49 c.p. nascono soprattutto da ciò: che il delitto impossibile è comunque suscettibile dell'applicazione di una misura di sicurezza, il che lo rende inconciliabile con un diritto penale del fatto. Se il nostro è un diritto penale del fatto, è illogico ammettere che la misura di sicurezza possa applicarsi anche senza fatto. Tuttavia, secondo altri autori, l'applicazione di una misura di sicurezza a chi ha commesso un fatto che non lede alcun bene giuridico si spiega solo perché il nostro sistema penale non è né di tipo soggettivo né oggettivo, ma misto; e il soggetto viene punito con una misura di sicurezza perché è pericoloso, pur non avendo commesso alcun fatto idoneo a ledere un bene giuridico protetto.